

L'efficacité de la protection des lanceurs d'alertes à l'aune des recommandations du Conseil de l'Europe et des bonnes pratiques étrangères

Serge Slama, Jean-Philippe Foegle

▶ **To cite this version:**

Serge Slama, Jean-Philippe Foegle. L'efficacité de la protection des lanceurs d'alertes à l'aune des recommandations du Conseil de l'Europe et des bonnes pratiques étrangères. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice; CTAD-CREDOF. 2018. ⟨halshs-03701718⟩

HAL Id: halshs-03701718

https://shs.hal.science/halshs-03701718v1

Submitted on 22 Jun 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



ETALAB - Open licence

Université Paris Nanterre
UFR DSP

Université Paris Nanterre

Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), équipe du Centre de théorie et d'analyse du droit (CTAD), UMR 7074

« L'efficacité de la protection des lanceurs d'alerte à l'aune des recommandations du Conseil de l'Europe et des bonnes pratiques étrangères ».

Rapport final



Convention de recherche n°216.03.21.35
Avec la Mission de recherche Droit & justice

Par Jean-Philippe Foegle & Serge Slama, *CREDOF-CTAD*

Décembre 2018

CREDOF
Centre de recherche
sur les droits fondamentaux

Nicole Marie Meyer, Chargée de mission Whistleblowing, Transparency International France
Glen Millot, Salarié de la fondation sciences citoyennes
Rufin Faustin Nzalakanda, doctorant en sciences de gestion, Cnam / LIRSA (EA 4603)
Robin Medard Inghilterra, ATER à l'Université de Paris Nanterre et doctorant au CTAD (UMR 7074)
Sonny Perseil, chercheur HDR en science politique et sc. de gestion, Cnam / LIRSA (EA 4603)
Tania Racho, doctorante en droit européen (Université Paris II, Panthéon-Assas
Laure Romanet, Doctorante à l'Université de Strasbourg
Cédric Roulhac, Maître de conférences en droit public, Université Paris 1
Johanna Schwartz-Miralles, Doctorante en droit privé à l'université d'Aix-Marseille, Centre de droit économique (EA 4224)
Wim Vandekerckhove Reader in Business Ethics at University of Greenwich Business School
Katharina Weghmann, Docteur en Sciences de Gestion, Columbia University

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n°216.03.21.35). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Sommaire

Introduction
A)Contexte de la recherche
1. Un axe de recherche à part entière du CTAD-CREDOF
2.Un foisonnement de normes relatives au Whistleblowing au plan interne et international
B)Déroulement de la recherche
1.Etapes de la recherche
2. Travaux individuels
C)Méthodologie adoptée

Chapitre liminaire : L'apport limité du droit de l'Union Européenne en matière de protection des lanceurs d'alerte

I. Créer un environnement juridique favorable au lancement d'alerte
A)Unifier et élargir les différentes définitions du lanceur d'alerte
1. Champ matériel et personnel d'application de la notion de "lanceur d'alerte"
2. Bonne foi du lanceur d'alerte
B)Clarifier et unifier les canaux d'alerte

II. Protéger efficacement les lanceurs d'alerte et lever les obstacles à la prise de parole
A) Lever les obstacles juridiques à l'alerte
1. Prévoir des exceptions efficaces aux secrets
a) Secret de la défense nationale
b) Secret des affaires

2. Prévoir des aménagements pertinents aux obligations de confidentialité
a) Dans le secteur public
b) Dans le secteur privé

B) Protéger les lanceurs d'alerte
1. Accompagnement des lanceurs d'alerte et traitement de l'alerte
2. Elargir les protections des lanceurs d'alerte stricto-sensu
a) Protections contre les mesures de rétorsion des organisations
b) Protection contre les poursuites pour diffamation et poursuites pénales
c)La protection des lanceurs d'alerte par le droit pénal

Introduction

A)Contexte de la recherche

Inscrite dans le cadre d'un axe de recherche du CTAD-CREDOF (1.), la recherche répond à l'enjeu que suscite le foisonnement international et national des normes sur le *whistleblowing* (2.)

1. Un axe de recherche du CTAD-CREDOF

Alors que le concept de *whistleblower* ou lanceur d'alerte est longtemps resté cantonné à l'aire juridique et culturelle nord-américaine[1], le 30 avril 2014, le Conseil de l'Europe publiait la recommandation CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur *la protection des lanceurs d'alerte*. Celle-ci était accompagnée d'un exposé des motifs et d'un commentaire de ses dispositions visant à faciliter sa mise en œuvre. Cette première recommandation a été complétée le 23 juin 2015 par la résolution 2060 (2015) qui traite pour la première fois, au niveau d'une instance régionale de protection des droits de l'homme, de la question de la protection des lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement et de la défense[2]. Prises dans leur ensemble, ces deux recommandations renforcent l'identité juridique du lancement d'alerte ou *whistleblowing* au sein de la « grande Europe », et constituent un véritable « guide » de bonnes pratiques destiné aux Etats-membres lorsque ceux-ci passent en revue leur législation nationale en la matière.

Preuve de ce changement de culture, ces recommandations ont été publiées concomitamment à la prise en compte, en France, de la nécessité de consolider le statut juridique du « lanceur d'alerte », concrétisée par le dépôt de la proposition de loi « Galut »[3] préparée en concertation avec le milieu associatif et en premier lieu Transparency international France. Dans ce cadre, l'idée de mettre en œuvre une « loi globale » prenant en compte l'acquis du Conseil de l'Europe a fait son chemin.

Jusqu'à une période récente le droit français était en effet caractérisé par une forte réticence à protéger les lanceurs d'alerte, perçus essentiellement comme de simples « délateurs »[4]. Mais depuis

---

[1] David Banisar, "Whistleblowing: International Standards and Developments", *Corruption and transparency : debating the frontiers between State, Market and the society, Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, DC, 2011*

[2] Jean-Philippe Foegle, « De Washington à Paris, la « protection de carton » des agents secrets lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés,* 04 juin 2015. URL : http://revdh.revues.org/1369

[3] Proposition de loi globale relative à la protection des lanceurs d'alerte présentée le 3 décembre 2015 par le député Yann Galut et Transparency France.

[4] François Chateauraynaud, Didier Torny, *Les sombres précurseurs. Une sociologie de l'alerte et du risque*, EHESS, 2000 (auteurs à qui on doit l'invention du terme de « lanceur d'alerte ». Plus largement : Danièle Lochak, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA*, 2014, p. 2236.

2007, l'état de droit a progressivement évolué avec la multiplication de mécanismes sectoriels de protection des lanceurs d'alerte aussi bien dans le domaine de la lutte contre la corruption dans le secteur privé (Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative *à la lutte contre la corruption*, article 9), de la sécurité des médicaments (Loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative *au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé*, article 43), des risques pour l'environnement et la santé publique (Loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative *à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte*, article 11), des conflits d'intérêt (Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative *à la transparence de la vie publique*, article 25), des délits et crimes (Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative *à la fraude fiscale et la grande criminalité économique et financière*, article 35) et, plus récemment, dans le secteur du renseignement (Loi n°2015-511 du 5 mai 2015 relative *au renseignement*, article 3bis.).et dans la fonction publique (Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative *à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*).

Toutefois, de l'énonciation de principes et de bonnes pratiques à la mise en œuvre d'une protection juridique effective, le chemin est long et semé d'embûches et ce mouvement se fait parfois avec bien des circonvolutions.

La preuve en est : aussi bien au sein de l'Union européenne, avec la très controversée directive dite « secret d'affaires »[5], qu'en France, avec la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires[6] et la loi « Sapin II » du 9 décembre 2016[7] dessinent des statuts de lanceurs d'alerte en demi-teinte et bien en deçà du standard international.

On peut néanmoins voir des évolutions positives avec d'une part l'adoption de la loi organique du 9 décembre 2016 donnant des compétences au Défenseur des droits dans le domaine de la protection des lanceurs d'alerte[8] et d'autre part la publication en février 2016 d'un rapport du Conseil d'Etat sur le lancement d'alerte, contenant de nombreuses pistes de réforme du statut juridique du lanceur d'alerte (15 propositions concrètes), même si celles-ci ne se sont pas encore traduites par des évolutions positives de sa jurisprudence qui demeure, pour le moment assez peu protectrice, surtout comparé aux récentes évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a étendu la

---

[5] Directive du Parlement et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites du 8 juin 2012, JO C 226 du 16.7.2014, p. 48. V. néanmoins pour d'autres projets de statut en cours d'examen : Parlement européen, *Rapport sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, (2016/2055(INI)) du 20 janvier 2017 et plus largement Tania Racho, « La possibilité d'un encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 28 juin 2016. URL : http://revdh.revues.org/2344 ; DOI : 10.4000/revdh.2344

[6] Samuel Dyens, « Le lanceur d'alerte dans la loi « Déontologie », un traitement toujours insuffisant », *AJ Collectivités Territoriales* 2016 p.30.

[7] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative *à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique publiée*, JORF du 10 décembre 2016.

[8] Loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative *à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte*, JORF du 10 décembre 2016.

protection du lanceur d'alerte en droit du travail[9] en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[10]. Constitue également une évolution favorable, cette fois-ci du droit luxembourgeois, la décision rendue le 15 mars 2017 par la Cour d'appel du Grand-Duché du Luxembourg dans l'affaire Luxleak. En effet si elle confirme la condamnation d'Antoine Delcourt, elle ramène la peine à 6 mois de prison avec sursis et 1500 € d'amende. Elle acquitte par ailleurs David Halet et le journaliste Edouard Perrin. Mais surtout, à l'aune de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, elle considère que « *le non-respect du secret professionnel par Antoine Deltour [était] dès lors justifié en raison de son statut de lanceur d'alerte* ». Il est reconnu que la divulgation des informations avait un motif d'inétrêt général. S'il est condamné c'est, assez curieusement, en raison du « vol » des documents confidentiels à la société *Price waterhouse Coopers*, après une introduction frauduleuse dans le système informatique, car au moment de cette soustraction frauduleuse il n'agissait pas dans l'intérêt général avec l'intention de lancer une alerte.

En tout état de cause ces actualités témoignent d'une reconnaissance croissante de la notion de lanceur d'alerte par les pouvoirs publics et juridictions et, plus largement, par la communauté des juristes et, par suite, de l'intérêt majeur de ce thème de recherche, mais également de la nécessité de renforcer l'efficacité de la protection des « lanceurs d'alerte ».

Or, les recommandations du Conseil de l'Europe constituent à l'heure actuelle le modèle normatif le plus abouti de protection du lanceur d'alerte. Les principes 21 à 26 de la recommandation de 2014 reflètent la nécessité d'une approche normative cohérente de la protection des lanceurs d'alerte, visant à protéger ceux-ci de l'ensemble des mesures de représailles dont ils font actuellement l'objet. Dans ce cadre, les questionnements liés à la « bonne foi » du lanceur d'alerte, ainsi que celle de l'aménagement des mécanismes probatoires, se posent avec une acuité particulière. Le cadre normatif français étant marqué par une approche encore trop fragmentée et pas assez rassurante de la protection des lanceurs d'alerte, la mise en œuvre des principes nécessiterait en outre une révision en profondeur du droit français et la plupart des droits européens. La recherche a donc été conduite à évaluer l'ampleur des réformes nécessaires pour mettre le cadre normatif français en cohérence avec les exigences du Conseil de l'Europe, en droit privé comme en droit public à l'aune notamment des évolutions positives dans d'autres droits. Au-delà de la protection des « lanceurs » d'alerte proprement dit, ce sont plus largement les garanties procédurales entourant le « lancement » d'alerte qui apparaissent susceptibles de favoriser l'effectivité des lois encadrant la pratique du *whistleblowing.*

---

[9] Cour cass., soc., n° 1309 du 30 juin 2016, 15-10.557. V. le communiqué https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/protection_lanceurs_alerte_30.06.16_34751.html et le commentaire Patrice Adam, « Mon traitre, ce héros », *Rev. trav.* 2016. 566

[10] Cour EDH 18 octobre 2011 *Sosinowska* n°10247/09 ; Cour EDH 12 février 2008, *Guja c/Moldavie*, n°/04. Pour un commentaire critique à l'aune de la jurisprudence de la Cour EDH et de certains oublis de la cour de cassation : J-P. Marguénaud, J. Mouly, « La protection européenne des salariés lanceurs d'alerte par la Cour de cassation : un troublant exemple d'improvisation », *D.* 2016. 1740

En effet, nombre d'obstacles juridiques nuisent à l'effectivité de la protection des lanceurs d'alerte. D'une part, les obligations légales ou contractuelles auxquelles sont liés les employés des secteurs publics et privés, ainsi l'absence de voies de révélation clairement établies, font souvent obstacle au lancement d'alerte. Enfin, et surtout, l'efficacité et la célérité de la réponse des autorités au signalement ou à la divulgation opérée par le lanceur d'alerte conditionne étroitement l'effectivité du lancement d'alerte, car elle garantit que l'alerte ne sera pas lancée en vain.

Cette recherche vise en premier lieu, et par une double approche juridique et sociologique, de mettre en lumière l'existence d'obstacles à l'efficacité de la protection des lanceurs d'alerte. Il s'est également agi en second lieu d'émettre des propositions afin de rendre plus efficace le système français d'encadrement du lancement d'alerte, et cela à l'aune des recommandations du Conseil de l'Europe en la matière.

Cette recherche d'une plus grande efficacité des protections accordées aux lanceurs d'alerte est d'autant plus nécessaire que ceux-ci continuent de faire l'objet de représailles pour leur action. Des chercheurs tels qu'André Cicolella (sur les éthers de glycol), Pierre Meneton (sur les dangers du sel)[11], par exemples, des fonctionnaires et assimilés comme Olivier Thérondel[12] ou encore Nicole Marie Meyer[13] mais aussi des représentants des forces de l'ordre (Jean-Hugues Matelly, Philippe Pichon, Sihem Souid) ont incarné médiatiquement et devant les juridictions la figure du lanceur d'alerte.

Tous ces cas ont en commun d'avoir subi des mesures de représailles en raison de l'alerte lancée. Ainsi, Georges Picquart a d'abord été affecté en Tunisie, avec consigne de ne pas révéler ses informations, puis, après leur diffusion, il a été révoqué en 1898 et emprisonné pendant près d'un an. Il ne sera réhabilité qu'en 1906, en même temps que le capitaine Dreyfus. Le général de la Bollardière a subi une sanction de soixante jours d'arrêt de forteresse en avril 1957 à La Courneuve puis a été relevé de son poste et affecté en Allemagne, avant de quitter l'armée[14]. Le premier ministre Michel Debré a souhaité la révocation de Michel Rocard avant d'y renoncer en apprenant que la fuite dans la presse du rapport rédigé par le jeune inspecteur des finances avait été organisée par son garde des Sceaux, Edmond Michelet lui-même[15]. Et hormis André Cicollela qui obtient satisfaction devant la Cour de cassation (Cass, soc., 11 octobre 2000, *Institut national de recherche et de sécurité*, n° 98-45276), la

---

[11] « Pierre Meneton : Lanceur d'alerte malgré lui », *TV5* Monde, 30 août 2013 http://www.tv5monde.com/

[12] « Un ex-agent de Tracfin condamné pour des révélations sur Cahuzac », AFP 16 mai 2014. V. Florence Hartmann, *Lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, Le Seuil - Don Quichotte éd., 2014, p.320.

[13] « Nicole Marie Meyer, la paria du Quai d'Orsay », *Médiapart*, 17 août 2013 http://www.mediapart.fr/

[14] Devenu membre du Mouvement pour une alternative non-violente (MAN), il participe au mouvement d'occupation du Larzac contre l'extension du camp militaire puis, lors d'une manifestation au large du Mururoa en juillet 1973 contre les essais nucléaires atmosphériques, il est intercepté en mer. Son nom est d'ailleurs connu dans les facultés de droit car il est associé à l'arrêt qualifiant d'acte du gouvernement le décret créant autour de l'atoll une zone de sécurité (CE, Ass., 11 juillet 1975, *Pâris de la Bollardière*, n°92381 ; Rec CE, p. 423).

[15] M. Rocard, *Rapport sur les camps de regroupement et autres textes sur la guerre d'Algérie*, Edition critique, Mille et une nuit, 2003, p.324.

majeure partie de ces fonctionnaires-lanceurs d'alerte n'ont jamais été totalement rétablis dans leurs droits.

Ces exemples montrent en effet que si le lanceur d'alerte est une figure ancienne, il n'avait jusqu'à une période récente pas été saisi positivement par le droit public français. Comparé à la soixantaine de pays dans le monde qui se sont dotés d'une législation protectrice, en particulier les Etats-Unis ou la Grande-Bretagne et au développement du droit international et européen en la matière[16], le phénomène de protection des lanceurs d'alerte par le droit est récent. On assiste néanmoins depuis 2011 incontestablement à une accélération importante provoquant « *un aggiornamento salutaire de notre droit* », comme le note Jean-Marc Sauvé dans sa contribution dans un dossier de l'AJDA dirigé par Serge Slama [17]. Ce mouvement[18], qui est particulièrement prégnant s'agissant des risques sanitaires ou environnementaux et de la lutte contre les conflits d'intérêt et contre les crimes et délits dans la fonction publique, permet de combler en partie ce que *Transparency international France* qualifiait de « *retard* »[19] ou même de « *malentendu* » français[20].

Après plusieurs publications par le CREDOF de lettres d'actualité droit-liberté à la *Revue des droits de l'homme*[21], ces premières recherches sur le droit public des lanceurs d'alerte a donné lieu à un dossier dans un dossier spécial d'un numéro de l'AJDA (n° 39/2014) consacré aux « *Lanceurs d'alerte en droit public* », accepté par Fabrice Melleray.

---

[16] D. Banisar, *Whistleblowing: International Standards and Developments, in Sandoval (Ed.), Corruption and Transparency. Debating the frontiers between State, Market and Democracy*, World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington DC, 2011.

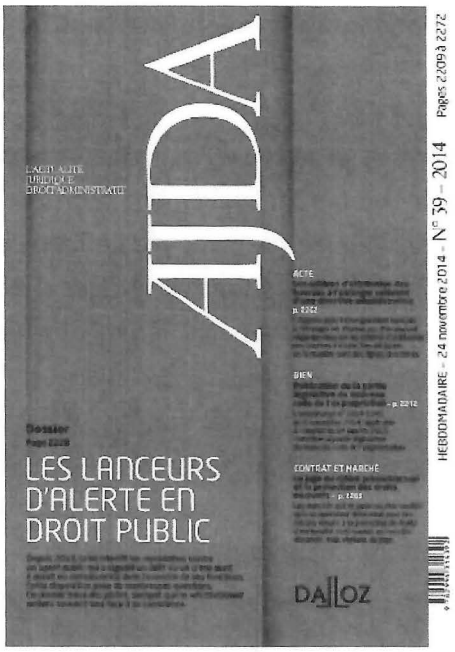
[17] J.-M. Sauvé, « La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique », *AJDA* 2014, p. 2249.

[18] J. Bouton, « Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 471 ; S. Niquège, « Le lanceur d'alerte, un ami qui vous veut du bien ? », *AJFP* 2014 p. 249.

[19] N M Meyer, « L'alerte éthique ou whistleblowing en France », Rapport à Transparency International, 2012. Accessible sur http://www.transparency-france.org

[20] N.-M. Meyer, « Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français ? », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 9, 2014, p. 159.

[21] J-Ph. Foegle, « Les lanceurs d'alerte. Etude comparé France-Etats-Unis », mémoire de M2 droits de l'homme, sous dir. de V. Champeil-Desplats, Paris Ouest-Nanterre, 2013/2014 mise en ligne sur le site de la *Revue des droits de l'homme* ; A. Billard, M. Duranton, J.-Ph. Foegle et T. Martin-Teodorczyk, « Le « milieu du gué » de la protection législative des lanceurs d'alerte », *Rev. DL/ ADL*, 20 mai 2014. URL : http://revdh.revues.org/752 ; J-Ph. Foegle, S. Slama, « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *Rev DH/ADL*, 14 mars 2014, http://revdh.revues.org/628; J-Ph. Foegle, « Une première application paradoxale mais ambitieuse du régime de protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », Rev. DH/ADL, 20 août 2014, http://revdh.revues.org/86. V. aussi : Jean-Philippe Foegle, « Lanceurs d'alerte », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], 2015. URL : http://www.universalis.fr/encyclopedie/lanceur-d-alerte



Pour la première fois était donc publié dans une revue de droit public française un dossier réunissant des contributions tant sur la notion d'alerte éthique (D. Lochak, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA* 2014, p. 2236), l'alerte éthique et la prévention des conflits d'intérêt (J.-M. Sauvé, « La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique », p. 2249), les conditions d'avènement du droit d'alerter et du statut des lanceurs d'alerte en France et en Europe (Nicole Marie Meyer, « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde », p. 2242) ainsi que sur le statut des lanceurs d'alerte dans la fonction publique (J.-Ph. Foegle et S. Pringault, Les « lanceurs d'alerte » dans la fonction publique, p. 2256).

Les rapports entre l'alerte éthique et les droits de l'homme ont été étudiés à l'occasion d'un colloque que nous avons organisé les 9 et 10 avril 2015 à l'Université Paris Ouest Nanterre et à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, en collaboration avec Catherine Teitgen-Colly.
Ce colloque avait préalablement donné lieu à un appel à contributions pour valoriser la recherche, particulièrement les jeunes chercheurs, et créer des synergies entre les chercheurs qui travaillent, souvent de manière isolée, sur le statut du lanceur d'alerte et l'alerte éthique.
Le colloque était placé sous les auspices d'un comité scientifique constitué des meilleurs spécialistes de la question (Catherine Teitgen-Colly, Charlotte Girard, Nicole Marie Meyer, Rafael Encinas de Munagorri, Christine Noiville, David Lewis).

En raison de l'influence, des travaux sociologiques sur les sciences et les risques, le lanceur d'alerte a d'abord été défini en référence au « *danger pour l'homme ou son environnement* ». De manière plus étroite encore, le lanceur d'alerte dans la sphère publique est souvent exclusivement associé à la dénonciation de « *faits de corruption* » et hypothèses de « *conflits d'intérêt* ». L'idée du colloque était

d'appréhender en quoi l'alerte éthique permet potentiellement de favoriser l'effectivité des droits de l'homme.

Cette liaison entre droits de l'homme et protection des lanceurs d'alerte est double. D'une part, en ce qu'il est susceptible de dénoncer des violations graves des droits de l'homme, affectant ou menaçant la vie, la santé, la liberté, le lanceur d'alerte participe de l'effectivité des droits de l'homme. D'autre part, en tant qu'il possède lui-même des droits fondamentaux et en premier lieu le droit à la liberté d'expression, mais aussi de résistance à l'oppression, le lanceur d'alerte est également titulaires de droits fondamentaux, dont il faut lui assurer la jouissance effective.
L'examen de la protection des personnes ne peut au surplus se passer de l'étude de la protection des processus eux-mêmes, en ce qu'ils viennent au secours de la quête de reconnaissance du lanceur d'alerte. Il s'agit alors de garantir au lanceur d'alerte des garanties procédurales de nature à lui permettre de faire valoir ses prétentions de manière équitable.
Ce questionnement se double d'une interrogation sur la conciliation du droit d'alerter avec d'autres droits fondamentaux.

Destinataires d'une quarantaine de propositions de contributions, les organisateurs du colloque n'ont pu retenir qu'une vingtaine d'entre elles en s'efforçant, malgré leur diversité, d'assurer une cohérence scientifique.

Organisation du colloque :

- Serge SLAMA, *Maître de conférences en droit public à l'Université de Paris Ouest Nanterre, CREDOF-CTAD*
- Jean-Philippe FOEGLE, *Doctorant en droit public à l'Université Paris Ouest-Nanterre, CREDOF-CTAD, allocataire de recherche du Conseil Régional Ile-de-France*
- Catherine TEITGEN-COLLY, *Professeure de droit public, Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1, UMR de droit comparé (CNRS UMR 8103), vice-présidente de la CNCDH*

Comité scientifique :

- Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, *Professeur à l'université de Nantes, Directeur du Réseau Droit, sciences et techniques (RDST), GDR-CNRS 3178.*
- Charlotte GIRARD, *Maître de conférences en droit public HDR, Université Paris Ouest Nanterre, CREDOF*
- David LEWIS, *Professeur de droit du travail, Middlesex university London*
- Christine NOIVILLE, *Directrice de recherche au CNRS (DR1, section 36) : Directrice du centre de recherche « Droit, sciences et techniques » (CRDST), UMR 8103, Université Paris 1 Panthéon- Sorbonne*
- Nicole Marie MEYER, *Experte près Transparency International (Secrétariat International), Chargée de mission pour Transparency International France*

Colloque organisé avec le soutien de :

CNCDH EDSP École Doctorale de Droit et de Science Politique TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE RÉGION ILE-DE-FRANCE

université Paris Ouest Nanterre La Défense — UFR DSP

UMR DE DROIT COMPARÉ DE PARIS — CREDOF

COLLOQUE

« LES LANCEURS D'ALERTE & LES DROITS DE L'HOMME»

Jeudi 9 (Nanterre) et Vendredi 10 (Sorbonne) avril 2015



Une première session a porté sur les « Fondements théoriques de l'alerte éthique » sous la présidence de Rafael ENCINAS de MUNAGORRI. De jeunes chercheurs sont intervenus pendant cette session (Jennifer MARCHAND, Ionnis KAMPOURAKIS, Marion LARCHE, Jean-Philippe FOEGLE) aussi bien sur les fondements démocratiques de l'alerte éthique, les liens entre le droit d'alerte et la transparence ou encore la distinction entre « Fuiteur d'informations » ou « Lanceur d'alerte ».

La seconde session a permis l'intervention sur les mécanismes de l'alerte d'autres jeunes collègues. Jean-François KERLEO a appréhendé les autorités publiques comme lanceurs d'alerte ; Rebecca MIGNOT-MAHDAVI a exposé une très intéressante contribution sur le groupe israëlien Breaking the silence qui dénonce les violations du droit international par l'armée israélienne à Gaza dont ils ont été eux-mêmes témoins au risque de s'auto-incriminer. Enfin, notre doctorant, Nicolas KLAUSSER s'est interrogé sur le point de savoir si les associations de défense des étrangers peuvent, dans certains cas, être appréhendées comme lanceuses d'alerte.

La seconde journée, qui s'est tenue dans l'amphithéâtre Liard à la Sorbonne, le 10 avril a été ouverte par le président de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Philippe BOUTRY et par la directrice du CREDOF, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS.
Elle a démarré par une première session générale sur la « protection des lanceurs d'alerte et droits de l'homme » sous la présidence de Catherine TEITGEN-COLLY, Professeure de droit public, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, vice-présidente de la CNCDH. Le secrétaire général de la CNCDH, Michel FORST, est intervenu en premier sur la protection des défenseurs des droits et lanceurs d'alerte en sa qualité de rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme. Ensuite, le membre du Conseil d'Etat, et président de la section de l'intérieur, Christian VIGOUROUX, a évoqué la protection des lanceurs d'alerte en droit public interne. Enfin, Catherine TEITGEN-COLLY a, dans une longue intervention, envisagé le droit d'asile des lanceurs d'alerte, avec notamment l'exemple d'Edward Snowden et de Julian Assange.

La seconde session matinale a abordé la question des « Instruments de protection internationale et européenne des lanceurs d'alerte » sous la présidence de Charlotte GIRARD, maitre de conférences HDR en droit public, Université Paris Ouest-Nanterre, CREDOF. C'est d'abord Marjorie BEULAY qui a évoqué la nécessité de l'établissement d'un statut en droit international du lanceur d'alerte. Ensuite, Eric PAILLISSE a abordé le statut du lanceur d'alerte dans le droit de la CEDH. Enfin, Tania RACHIO a estimé nécessaire l'encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne.

En début d'après-midi, nos travaux ont été ouverts par Christine LAZERGES, professeure émérite de droit pénal et de sciences criminelles, Université Paris 1 – Sorbonne, UMR de droit comparé, Présidente de la CNCDH.

La troisième session en Anglais, sur le droit comparé de la protection des lanceurs d'alerte, a été présidée par l'un des meilleurs spécialistes de la question, David LEWIS, Professor of Employment Law,

Middlesex University London. Ont été successivement évoqués la protection des lanceurs d'alerte en Grande-Bretagne et en Suède (Akila TALEB-KARLSSON), l'expérience américaine en droit des affaires (Johanna SCHWARTZ MIRALLES), une comparaison du salarié lanceur d'alerte en France et aux Etats-Unis (Pauline ABADIE), les systèmes d'alerte interne aux entreprises dans plusieurs législations (Björn FASTERLING) et enfin les lanceurs d'alertes dans les pays en transition démocratiques : enseignements tirés de l'expérience tunisienne (Souheil KADDOUR).

La dernière session sur les perspectives françaises et européennes d'évolution de la protection des lanceurs d'alerte et de l'alerte éthique a été présidée par Dominique ROUSSEAU, professeur de droit public à l'Université Paris 1 –Panthéon Sorbonne, directeur de l'UMR droit comparé 8103, ancien membre de la Commission « Jospin ». Elle a permis un débat entre Eric ALT, conseiller référendaire à la Cour de cassation, vice-président de l'association Anticor et administrateur de l'association Sherpa ; François BADIE, chef du Service central de prévention de la corruption (SCPC), Nicole MARIE MEYER, Experte près Transparency International (Secrétariat International), Chargée de mission pour Transparency International France et Mark WORTH, Project manager, International Whistleblower Project at Blueprint for Free Speech
Ces deux demi-journées consacrées à ces contributions de jeunes chercheurs ont été unanimement appréciées en raison d'une recherche particulièrement stimulante et innovante.
Ces jeunes chercheurs constituent d'ailleurs le noyau dur des chercheurs investis dans la recherche menée au cours des deux années.

Elles ont été suivies d'une demi-journée plus classique de débats sur le statut du lanceur d'alerte, en particulier d'une table ronde présidée par Dominique Rousseau sur les perspectives françaises et européennes d'évolution de la protection des lanceurs d'alerte et de l'alerte éthique. Ont participé à cette table ronde : Eric Alt (Cour de cassation / Anticor), Mark Worth (*Blueprint for free speech*), Nicole Marie Meyer (Transparency international France) et François Badie (SCPC). Ont aussi participé à ce colloque Christian Vigouroux (Conseil d'Etat) et Catherine Teitgen-Colly, qui s'est interrogée sur la possibilité d'accorder le droit d'asile aux lanceurs d'alerte.

Le colloque s'est conclu par une magistrale conclusion de Danièle Lochak, qui poursuit ici ses réflexions entamées dans d'anciens articles sur la désobéissance à la loi, le pouvoir hiérarchique ou la résistance à l'oppression ainsi que dans son article à l'AJDA sur « l'alerte éthique entre dénonciation et désobéissance ».

Les actes de ce colloque ont pu être publiés dans un dossier consacré aux lanceurs d'alerte dans le n°10/2016 de la Revue des droits de l'homme.

Articles du dossier du n°10/2016 de la Revue des DH.

Dossier thématique n°1 : Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme

Colloque 2015

Serge Slama et Jean-Philippe Foegle Introduction [Texte intégral]

- Fondements théoriques de l'alerte éthique

Jean-François Kerléo Les autorités publiques sont-elles des lanceurs d'alerte comme les autres ? Les spécificités françaises du régime de l'alerte éthique. [Texte intégral]

Nicolas Klausser Les associations de défense du droit des étrangers, des lanceurs d'alerte ? [Texte intégral]

Jean-Philippe Foegle Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction [Texte intégral]

Ioannis Kampourakis Le fondement démocratique contemporain d'une alerte civique [Texte intégral]

Jennifer Marchand Le droit d'alerter, entre transparence et secret [Texte intégral]

Rebecca Mignot-Mahdavi Entre alerter et ne pas risquer de s'auto-incriminer, leur cœur balance (groupe militant Breaking the silence/ Israël-Palestine) [Texte intégral]

Marion Larché Brèves réflexions sur la qualification de l'alerte éthique comme droit de l'homme [Texte intégral]

Cannelle Lavite L'approche socio-légale de la protection des lanceurs d'alerte : pistes de réflexion pour un enrichissement sociologique de l'analyse juridique [Texte intégral]

- Apport du droit comparé et international

Véronique Champeil-Desplats Propos d'ouverture [Texte intégral]

Éric Paillissé Le droit à l'information, préalable essentiel du droit à l'autodétermination en matière sanitaire et environnementale. Étude de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme [Texte intégral]

Tania Racho La possibilité d'un encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne [Texte intégral]

Marjorie Beulay Lanceurs d'alerte : la nécessité de l'établissement d'un statut en droit international ? [Texte intégral]

Björn Fasterling Les dispositifs d'alertes professionnelles et le salarié citoyen [Texte intégral]

Johanna Schwartz Miralles Les récompenses financières des lanceurs d'alerte portent-elles atteinte aux droits fondamentaux ? Le cas du droit américain [Texte intégral]

Souheil Kaddour Les lanceurs d'alerte dans les pays en transition démocratique : les enseignements tirés de l'expérience tunisienne. [Texte intégral]

Karim Ben Kahla, Khaoula Ben Mansour et Sandra Charreire-Petit La protection des lanceurs d'alerte à l'épreuve des normes et des termes de référence de la Banque Africaine de Développement (BAD) [Texte intégral]

Catherine Teitgen-Colly Un droit d'asile pour les lanceurs d'alerte [Texte intégral]

Pauline Abadie Le salarié lanceur d'alerte aux États-Unis et en France : pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté [Texte intégral]

- Table ronde sur les perspectives françaises et européennes d'évolution de la protection des lanceurs d'alerte et de l'alerte éthique [Texte intégral]

- Danièle Lochak

Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives [Texte intégral].

2. Un foisonnement de normes relatives au Whistleblowing au plan interne et international

Qu'elles soient régionales ou à vocation universelle, beaucoup d'organisations internationales ont déjà évoqué au détour d'une convention thématique ou dans leur droit dérivé la situation des *whistlebowers* : les Nations Unies dans le cadre de la Convention contre la corruption (Article 33), l'Union européenne par le biais des *Guidelines on Whistleblowing* de 2012, le Conseil de l'Europe avec la Recommandation relative à la protection des lanceurs d'alerte adoptée le 30 avril 2014, ou encore l'O.C.D.E. par l'adoption de plusieurs recommandations visant à encourager les alertes.

A titre d'exemple, au-delà, les divers textes internationaux protégeant les porteurs d'alerte tendent à s'harmoniser et à promouvoir une approche « globale » du phénomène des lanceurs d'alerte, la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 prévoit ainsi en son article 9 la protection des employés signalant des faits de corruption. La Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 prévoit l'obligation pour tout agent de signaler toute activité, tout emploi, tout avoir ou don d'où pourrait résulter un conflit d'intérêt (§5).

S'agissant des canaux de signalement, l'article 13.2 de la même convention prévoit la mise en place d'organes de prévention connus du public et accessibles pour tout signalement d'infraction « y compris sous-couvert d'anonymat ». L'article 33 prévoit enfin la protection de « *toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables* » des faits de corruption. Cette approche globale (*global approach*) du phénomène, doublée par la mise en place d'une législation complète (*comprehensive legislation*) s'entend, aux yeux de nombreux membres de la doctrine, comme l'un des éléments-clés d'une législation efficiente en matière de promotion du *whistleblowing*[22].

Néanmoins, ce foisonnement de normes est générateur d'une fragmentation de la protection des lanceurs d'alerte ce qui semble contraire à l'objectif de mettre en place une législation protectrice des lanceurs d'alerte présentant un caractère d'intelligibilité et de clarté. Ces réflexions s'inscrivent généralement, comme le souligne le professeur R. Vaughn, dans quatre cadres d'analyse distincts et complémentaires, qui recouvrent chacun des enjeux de politique publique distincts, ce qui démontre le caractère transversal et multidimensionnel du phénomène.

[22]David Lewis , "Arbitrary legal protection will only deter whistleblowers.", *Nursing Standard* 27.39 (2013) : 31-31

La première est fortement liée aux organisations démo-libérales qui, telles que le *Gouvernement Accountability Project (GAP)* aux Etats-Unis ou la fondation *Open Society* à un échelon plus global ont fait la promotion du concept de *whistleblower*. Elle traduit la volonté de faire la promotion d'une « *démocratie ouverte* » valorisant le rôle de la société civile. Cette approche, qui apparaît concomitamment à la chute de l'Union Soviétique et à l'émergence internationale des lois sur la liberté de l'information, insiste particulièrement sur la nécessité de favoriser la transparence gouvernementale et d'aménager les règles relatives au « *secret défense* » et à la sécurité nationale pour assurer un contrôle effectif des populations sur leurs gouvernants. Celle-ci a connu d'importants développements dans le sillage de l'« *affaire Snowden* », suscitant des réflexions dans le cadre de l'ONU et du Conseil de l'Europe, mais au sein de mouvements associant différents acteurs non gouvernementaux qui ont rédigé les « *principes de Tswhayne* » sur la liberté de l'information et la sécurité nationale en vue d'esquisser des pistes de conciliation entre sécurité nationale et accès du public à l'information.

La seconde, que nous qualifierions d'approche « *droits de l'homme restreinte* » et qui n'est pas sans lien avec la première, insiste plus particulièrement sur le régime de la liberté d'expression et la protection des défenseurs des droits de l'homme, et apparaît tout entière tournée vers l'intérêt du public à recevoir des informations. Cette approche a donné lieu à une jurisprudence particulièrement abondante de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'est fondée sur l'article 10 de la CEDH pour pallier l'insuffisance de la protection des lanceurs d'alerte au niveau européen.

La troisième a également connu d'importants développements à la faveur de la prise de conscience de l'importance de la lutte contre la corruption et les délits financiers dans la réalisation des droits de l'homme et de la responsabilité démocratique et a trouvé un nouvel élan au moment de la crise financière des « subprimes » de la lutte contre les délits financiers. Elle tend à insister sur l'importance des lanceurs d'alerte dans la lutte contre la corruption et les malversations financières. Cette approche internationale a d'autant plus conduit les Etats à revoir leurs législations en matière de protection des lanceurs d'alerte plus qu'elle se fonde sur deux instruments de droit « dur », à savoir respectivement la Convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003 dite de « Mérida », la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 et enfin la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions internationales du 17 décembre 1997. A cet égard le Groupe d'Etats Contre la Corruption au niveau européen et l'OCDE – mais également *Transparency International* – au niveau global ont joué un rôle de premier plan dans la prise de conscience de l'importance de protéger les lanceurs d'alerte pour lutter efficacement contre la corruption.

La quatrième approche, enfin, se focalise sur les droits dont bénéficient les lanceurs d'alerte au cours de leur relation de travail et se fonde sur la Convention n° 158 sur le licenciement de l'organisation internationale du travail de 1982 . Il y a donc une véritable « pression » internationale sur les Etats

pour les encourager à protéger les lanceurs d'alerte. A l'heure où l'étude des interactions entre systèmes et ordres juridiques figure parmi les priorités des juristes les plus fins, la multiplicité des interactions et références implicites entre les ordres juridiques laissent à voir un droit en tension et en construction permanente, marqué par son caractère foisonnant mais également peu clair et peu effectif car largement constitué de « droit mou ».

Au plan international, les principes dits « de Tswhayne » sur la sécurité nationale et l'accès à l'information[23] sont pertinents, car le principe 43 exige «*que les agents publics bénéficient d'une exception de « défense de l'intérêt public »* » et ce « *même lorsqu'ils font l'objet de poursuites pénales ou civiles pour avoir fait des révélations qui n'étaient pas protégées par ces principes* », dès lors que l'intérêt général présenté par la divulgation de l'information en question prévaut sur l'intérêt général qu'il y aurait à ne pas la divulguer. Si ceux-ci ne sont pas contraignants ces principes sont néanmoins particulièrement importants dans la mesure où le droit international en la matière est balbutiant, voire inexistant. *Open Society Initiative* travaille ainsi avec les principaux experts des organisations internationales – Nations Unies, Organisation des États Américains – qui ont soutenu la mise en œuvre des principes dans les ordres juridiques internes. De manière significative, ces efforts ont conduit l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe à soutenir explicitement ces principes dans sa résolution de 2013 sur la sécurité nationale et l'accès à l'information[24], suivi par le parlement Européen qui, en mars 2014[25], a soutenu la mise en œuvre des principes dans les ordres juridiques des états membres de l'Union Européenne. Au-delà, ces principes ont été mis en œuvre dans le cadre du partenariat pour un gouvernement ouvert[26], le document « *Illustrative Commitments on Security Sector Transparency* », adressé aux Etats parties à cette initiative pour les guider dans la mise en œuvre de politiques de transparence dans le contexte des services de renseignement, étant intégralement fondé sur ces principes. Il est aussi important de noter que le Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies a indirectement, dans son commentaire général n°34, insisté sur le fait que les états ne devraient pas « *poursuivre les journalistes, chercheurs, militants environnementaux ou défenseur des droits de l'homme* » pour avoir divulgué, dans l'intérêt général, des informations classées secret-défense[27].

Au plan régional, le droit de l'Union Européenne et le droit du Conseil de l'Europe apparaissent partagés entre deux visions antagonistes du lancement d'alerte, ce qui limite la pertinence de ces

---

[23]V. V. Yochai Benkler, "A Public Accountability Defense for National Security Leakers and Whistleblowers », *Harv. L. & Pol'y Rev.*, 2014, vol. 8, p. 281-471.

[24]Arcadio Diaz Tejera, *La sécurité nationale et l'accès à l'information* , Conseil de l'Europe, CDCJ(2013)13293, Strasbourg, Septembre 2013.

[25] Parlement Européen, Résolution P7_TA-PROV(2014)0230 du 12 mars 2014 *sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures* du 2 mars 2014

[26] Il s'agit d'un partenariat international, relevant de l'engagement politique non juridiquement contraignant, et visant à faire la promotion de transparence de l'action publique et de la participation de la société civile à la conception de ces politiques.

[27] Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, « *Observation générale n° 34 sur l'Article 19: Liberté d'opinion et liberté d'expression* », 12 septembre 2011

droits. La première conception du lancement d'alerte se trouve directement reflétée par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme mais également, de manière indirecte, par la directive « secret des affaires ». En effet, l'article 5 de ce texte prévoit que le secret des affaires ne peut être opposé lorsque sa divulgation est opérée « pour exercer le droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ». Introduite dans le but de protéger les droits des journalistes, cette disposition devrait en toute logique conduire à offrir aux lanceurs d'alerte s'exprimant en public un droit à la liberté d'expression au moins équivalent à celui reconnu dans l'ordre juridique de la convention européenne des Droits de l'Homme.

En effet, il convient en outre de rappeler que la CJUE considère que « *le sens et la portée des droits* [correspondants] *garantis sont déterminés non seulement par le texte de la CEDH, mais aussi, notamment, par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* »[28], de sorte que la jurisprudence développée par cette dernière en matière de protection des lanceurs d'alerte est pertinente pour déterminer l'étendue de la liberté d'expression accordée par cet alinéa de la directive aux lanceurs d'alerte. Soulignons à ce titre que la Cour de Justice de l'Union Européenne s'est explicitement fondée sur la jurisprudence *Guja contre Moldavie* de la Cour européenne des droits de l'Homme dans une affaire concernant un fonctionnaire européen « lanceur d'alerte »[29]. De sorte qu'il ne fait aucun doute que les critères mis en œuvre par la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière sont mutatis mutandis, les critères qui auront vocation à être mis en oeuvre par la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Dans le cadre, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à l'intérêt de la libre discussion de questions d'intérêt général a ouvert la voie à une protection des personnes divulguant des « *informations sur des questions présentant un intérêt public légitime* »[30]. Cela inclut non seulement les journalistes[31] mais également les chercheurs[32], les organisations non gouvernementales et les porteurs d'un discours militant[33]. De facto cela permet d'accorder un niveau de protection très élevé aux alertes rendues publiques. Certes, la Cour a naturellement reconnu que « *tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général* [...] *est tenu de ne pas dépasser certaines limites quant – notamment – au respect de la réputation et des droits d'autrui* », mais n'a pas exclu le recours à « *une certaine dose d'exagération, voire de provocation* »[34]. Elle ne s'est donc pas montrée trop exigeante quant à l'authenticité des faits divulgués, en raison de l'effet dissuasif qu'aurait une telle exigence sur la liberté d'expression des donneurs d'alerte[35].

---

[28] CJUE, 22 déc. 2010, *Déb*, aff. C-279/09.
[29] CJUE, 5 déc. 2012, *Z.*, aff. C-88/09.
[30] Cour EDH, 2 mai 2000, *Bergens Tidende c. Norvège*, n° 26132/95, § 60.
[31] Cour EDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, § 38.
[32] Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, n° 53440/99.
[33] Cour EDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, §§ 89-90.
[34] Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, n°12697/03.
[35] Cour EDH, 3e sect., 19 juin 2012, *Tanasoaica c/ Roumanie*, n° 3490/03, §56.

Une autre conception, que l'on retrouve dans la récente directive « *secret des affaires* », est plus restreinte et peu compatible avec cette conception. Constatons-le d'emblée, topique que le secret des affaires et son exception – le lancement d'alerte – soient tous les deux justifiés par « *le bon fonctionnement du marché intérieur* », qui, rappelle la directive, « *serait compromis si les mesures, procédures et réparations prévues étaient utilisées à des fins illégitimes* » (considérant 22 de la directive). Corollaire de cette conception : le lancement d'alerte n'est envisagé que comme l'*ultima ratio*, l'exception à la règle du secret, qui ne doit être actionnée qu'en cas de nécessité absolue, celle de la dénonciation d'une « *faute professionnelle ou une autre faute ou une activité illégale* » (article 5). Or, cette définition du champ de l'alerte apparaît bien trop restrictive, et très en-deçà des recommandations du Conseil de l'Europe et du Haut-commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies. Ces instances insistent au contraire sur la nécessité de couvrir l'ensemble des atteintes possibles à l'intérêt général. Il est d'ailleurs intéressant de noter que sous l'empire de la définition adoptée par la directive « secret des affaires », le lanceur d'alerte Antoine Deltour n'obtiendrait que difficilement protection puisque le système d'optimisation fiscale dénoncé par celui-ci n'était pas en tant que tel un fait fautif ou illégal au moment où celui-ci avait lancé l'alerte[36]. Une vision aussi étroite et statique de l'alerte est d'ailleurs contraire à la nature même du lancement d'alerte qui, comme l'ont mis en évidence nombre d'études menées en France comme aux Etats-Unis[37], redéfinit en permanence les frontières de la notion d'intérêt général.
Certes, les hypothèses de lancement d'alerte énumérées dans la directive pourraient fort bien ne pas être exhaustives, et il paraît plausible que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme prenne le relais[38].

Source de conflits futurs et de confusions quant au champ de l'alerte, le droit de l'Union Européenne apparaît, en l'état actuel, peu compatible avec l'objectif de mettre en oeuvre une loi "modèle" de protection des lanceurs d'alerte en droit interne.

Une telle loi modèle est d'autant plus utile que les normes sont foisonnantes en droit interne, ce qui est source d'insécurité juridique pour les lanceurs d'alerte. S'agissant du secteur public, a été instauré en 2011 un droit d'alerter des agents publics lorsqu'il existe un motif raisonnable de penser qu'une situation de travail présente un danger grave et imminent pour la vie ou la santé ou qu'il existe une défectuosité dans les systèmes de protection Lorsqu'un agent met en oeuvre ce droit, une réunion du comité d'hygiène et de sécurité doit être organisée. Dans le cas où le droit de retrait est exercé sans que l'autorité administrative soit préalablement et immédiatement avisée, celle-ci est illégale[39] . Adoptée dans le contexte de l'affaire Cahuzac, la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 a renforcé ces dispositifs et créé un article 6 ter A dans le statut de la fonction publique prévoyant qu' « *aucune*

[36] Bea Edwards, « Luxleaks and the Whistleblower », Huffington Post, Juin 2016.
[37] Janet P. Near et Marcia P. Miceli. « Organizational dissidence: The case of whistle-blowing. », *Journal of Business Ethics* 4, no. 1, 1985, p.1-16.
[38] V. Cour EDH, 1e sect., 5 octobre 2006, *Zakharov c. Russie*, n°14881/03.
[39] Article 12 du décret n° 2011-774 du 28 juin 2011 modifiant l'article 5-6 du décret de 1982.

mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation » ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire ou d'un agent non titulaire de droit public, qui aurait « *relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ». Comme pour les dispositifs de lutte contre les discriminations, la disposition prévoit également un partage de la charge de la preuve en cas de litige, puisque « *dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime* » il incombe désormais à l'administration de « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. ». Un autre élément essentiel de cette loi réside dans la mise en place, pour la première fois dans la fonction publique, d'un canal spécifique en vue de permettre le traitement effectif de l'alerte. Est ainsi créé un article 40-6 du Code de procédure pénale prévoyant que « La personne qui a signalé un délit ou un crime commis dans son entreprise ou dans son administration est mise en relation, à sa demande, avec le service central de prévention de la corruption lorsque l'infraction signalée entre dans le champ de compétence de ce service ». S'ajoutent à ces dispositions un nombre important de dispositions protégeant le salarié du secteur privé lorsque a témoigné ou relaté d'agissements constitutifs soit de distinction, directe ou indirecte, en raison de certains motifs de discrimination prohibés (article 6 loi de 1983 modifié par l'article 4 de la loi n°2012-954 du 6 août 2012), soit de distinctions entre hommes et femmes (article 6bis de la loi du 13 juillet 1983), soit de faits de harcèlement sexuel (article 6 ter de la loi de 1983 modifié par l'article 8 de la loi n°2012-954 du 6 août 2012), soit de faits de harcèlement moral (article 6 quinquiès de la loi de 1983 modifié par l'article 6 de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005). S'ajoute enfin à ces dispositifs l'article 40 du code de procédure pénale obligeant les agents publics à dénoncer les crimes et délits au procureur de la république, qui s'est avéré constituer un dispositif de *whistleblowing* en pratique, alors qu'il n'était pas forcément pensé dans cette optique par le législateur.

S'agissant du secteur sanitaire et environnemental, ce n'est qu'à travers la loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé que furent posées les bases d'un statut juridique du « lanceur d'alerte » : est notamment prévue à l'article L. 5312-4-2 du code de la santé publique, une protection contre la discrimination de la personne ayant « relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». La charge de la preuve est en outre inversée, et repose ici sur l'employeur. La loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte a consolidé ce statut en offrant aux lanceurs d'alerte des garanties supplémentaires sur deux plans : une garantie de protection de leur liberté d'expression contre les mesures de rétorsion de leur employeur d'une part ; une garantie de traitement effectif de l'alerte d'autre part. En premier lieu, la loi crée pour la première fois un véritable statut du lanceur d'alerte sanitaire et environnemental. L'article premier de la loi dispose en effet que « toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de

diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement. L'information qu'elle rend publique ou diffuse doit s'abstenir de toute imputation diffamatoire ou injurieuse ».

S'agissant des *conflits d'intérêt*, la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique, définit le lanceur d'alerte comme étant la « personne » signalant une situation de conflits d'intérêts[40].

Au-delà, il s'avère que nombre de modalités de saisine des autorités administratives indépendantes s'apparentent à une forme de « droit d'alerter » les autorités. Ainsi, la contrôleure générale des lieux de privation de liberté peut être saisie directement par toute personne physique (les personnes privées de liberté elles-mêmes, leurs parents, leur famille, leur avocat, un témoin, les personnels et toutes personnes intervenant dans ces établissements), les associations, ou autres personnes morales ayant pour objet le respect des droits fondamentaux, le Gouvernement, les parlementaires (députés, sénateurs et parlementaires européens élus en France) ainsi que d'autres autorités administratives. En application de l'article 8-2 de la loi du 30 octobre 2007 (modifiée par la loi du 26 mai 2014), aucune sanction ne peut être prononcée et aucun préjudice ne peut résulter du seul fait des liens établis avec le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ou des informations ou des pièces qui lui ont été données se rapportant à l'exercice de sa fonction. L'article 13-1 de la loi prévoit un délit d'entrave passible de 15 000 euros d'amende, défini par le fait de faire obstacle à la mission du contrôle général, soit en s'opposant aux visites ou à la communication de certains éléments, soit par des menaces ou représailles prise à l'encontre de toute personne en lien avec l'institution.

De même, la loi de 1978 dite loi « CNIL », modifiée par la loi de 2004, prévoit la possibilité pour un organisme privé ou public de nommer un « *correspondant à la protection des données à caractère personnel* », couramment appel « *correspondant informatique et libertés* » (CIL). Or, ce correspondant dispose d'un droit d'alerter puisqu'il lui incombe d'informer le responsable de traitement des difficultés qu'il rencontre dans l'exercice de ses missions. Lorsque les démarches auprès du responsable de traitement n'ont pas abouti, le CIL pourra saisir la CNIL (article 51 du décret du 20 octobre 2005 relatif aux Correspondants Informatiques et Libertés)

B)Déroulement de la recherche

Il convient en outre d'exposer les étapes de la recherche (1.) et de détailler les travaux invididuels rendus (2.)

1. Etapes de la recherche

[40]Notion définie par l'alinéa premier de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013, comme *« toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».*

Notre activité relative à l'émergence d'un statut de lanceur d'alerte en France à l'aune des recommandations du Conseil de l'Europe et du droit comparé a été dense. Elle a même franchi les frontières hexagonales avec des interventions à l'étranger, notamment la *Law school de Yale*
En coordination avec le professeur anglais de droit social Dave Lewis et le chercheur américain Mark Worth, et sur une idée originale de Jean-Philippe Foegle[41], nous avons organisé un séminaire fermé portant sur la réception des normes du Conseil de l'Europe sur les lanceurs d'alerte (*How could France implement the Council of Europe's principles on the protection of whistleblowers ?*). Organisé par le CREDOF, ce séminaire s'est entièrement tenu en langue anglaise les 21 et 22 avril 2016 et a bénéficié du soutien du *Whistleblower Research Unit* (Middlesex University London). Il a réuni parmi les meilleurs spécialistes en Europe de la question des lanceurs d'alerte.

Il s'est déroulé s'est dans un premier temps articulée autour de contributions de Philippe Krantz (point de vue du Conseil de l'Europe), de Wim Vandekerckhove (à propos de la recommandation de 2014 du Conseil de l'Europe ou comment mettre ses principes en pratique), de Lauren Kierans et David Lewis (sur l'utilisation de lignes directrices et code de bonne pratique pour construire une législation protectrice des lanceurs d'alerte) et de Cannelle Lavite qui a envisagé l'édification d'un statut global du lanceur d'alerte.

Dans un second temps, adoptant une approche normative, ce séminaire de recherche a été l'occasion d'exposer l'impact des recommandations du Conseil de l'Europe sur la législation française aussi bien en droit public (Jean-Philippe Foegle), qu'en droit pénal (Laure Romanet) ou encore en droit privé (Johanna Schwartz-Miralles). Des éclairages ont aussi été apportés sur le statut de lanceur d'alerte en droit tunisien (Khaoula Benmansour).

Enfin la journée s'est achevée par une table ronde sur les perspectives la transposition des principes du Conseil de l'Europe en droit français avec comme intervenants Nicole-Marie Meyer, Christophe Speekbaker ainsi que Katharine Wegmann et Marc Lemenestrel.

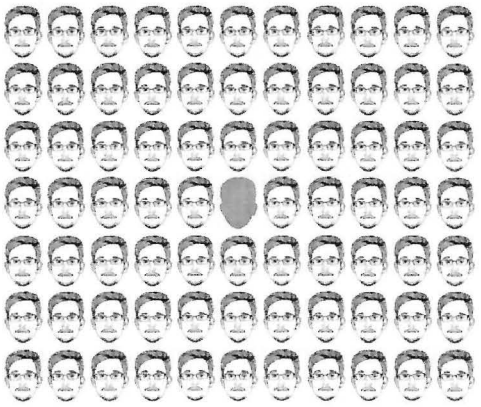
[41] V. l'esquisse de la réflexion : J-Ph.Foegle, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l' « Europe des droits de l'homme » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 11 mars 2015. URL : http://revdh.revues.org/1073

MISSION DE RECHERCHE
DROIT & JUSTICE

CREDOF

université
Paris Ouest
Nanterre La Défense

Towards effective protection for whistleblowers : making whistleblowing work *with* and *beyond* the Council of Europe Recommendation on the Protection of Whistleblowers.



© Sofia Bronson

Background

The Council of Europe Recommendation on the Protection of Whistleblowers was adopted by the Committee of Ministers on the 14th April 2014, and was supplemented on the 23th June 2015 by the Resolution 2060 on the Protection of National Security Whistleblowers. As a whole, those recommendations strengthen the legal status of whistleblowers and reflect the need for a global approach to whistleblowing across Europe. Although these recommandations are notlegally binding *stricto sensu*, they nevertheless establish a valuable set of good practices aimed at the Council of Europe's member states when they review their legislation concerning the protection of whistleblowers.

Is it a coincidence or the proof of a change in the public perception of whistleblowers ? The above mentioned recommendations were published at a e time when civil society and the general public have become increasingly aware of the need for establishing comprehensive legislation concerning the protection of whistleblowers in France. However, there is still a long way to go from commitments to effective protection, and the protection afforded to whistleblowers in France is currently uneven.

The project will analyse the current situation and identify the possible steps that need to be considered if action is to be taken to remove the constraints on effectiveness of whistleblower protection in France . This implies a two- pronged approach to the study of the existing legal framework concening the protection of whistleblowers.

Firstly, it will be necessary to review the entire French legal mechanisms for protecting whistleblowers in order to identify the constraints on effectiveness , and assess how the Council of Europe Recommendation could improve the effectiveness of whistleblower protection in France. In order to achieve this goal, the research will focus not on the legislation itself -i.e how improved legislation could contribue to the effectiveness of whistleblower protection- but also on how the « users » of law -i.e NGOs, business communities, trade-unions- can contribute to making such protection effective. Building *inter alia* on examples from foreign countries which have implemented the Council of Europe Principles and on the identified gaps in the French system , the research will suggest whether and how the implementation of the Recommendation of the Council of Europe could improve the protection of whistleblowers in France. .

Secondly, it seems necessary to go beyond the Recommendation published in 2014, and look for what could constitute a « model legislation » across Europe. Indeed, the Council of EurEpe's approach is not immutable and is designed to evolve as further evidence becomes available. With this in mind, , the research will draw on a international comparative study of whistleblowing measures in order to identify what practices are conducive to the protection of whistleblowers. The collection of such evidence will allow researchers to identify alternative paths for consideration in order to move towads a model recommendation on the protection of whistleblowers in France.

For the purpose of conducting the research, a two-day conference will be held in Nanterre on the 21 and 22 April 2016. On the first day, invited French as well as non-French contributors will present papers on the practical implications of moving towards the implementation of the Council of Europe's principles concerning the protection of whistleblowers.

The second day will be dedicated to a **private** workshop with all participants of the research project. The workshop will provide the basis for the research design and methodology..

Day 1 (10.am- 5. pm)- How could France implement the Council of Europe's principles concerning the protection of whistleblowers ?

Seminar of the 21 and 22 april 2016, jointly organized by the Fundamental Rights Research Center (CREDOF) – CTAD UMR 7074 (Université Paris Ouest Nanterre La Défense) and the Whistleblower Research Unit (Middlesex University London)

The discussions will be held **in English**

Seminar organized by :

- Serge SLAMA, Lecturer in Public Law *at the University of Paris Ouest-Nanterre La Defense, CREDOF-CTAD UMR7074*
- Jean-Philippe FOEGLE, *PhD candidate and research assistant, University of Paris Ouest-Nanterre La Défense, CREDOF-CTAD UMR7074.*
- David LEWIS, *Professor of Labour Law, Middlesex University London*

Programme

10.am : Welcome speech from ***Florence BELLIVIER**, co-director of the Nanterre Law School, Professor of Private Law at the University of Paris Ouest-Nanterre, and* **Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ**, *Professor of public law at the University of Paris Ouest-Nanterre La Defense, Director of the Fundamental Rights Research Center, CREDOF-CTAD UMR7074*

10.15am : Introduction of the seminar by **Serge SLAMA**, *Lecturer in public law at the University of Paris Ouest-Nanterre La Defense, CREDOF-CTAD UMR7074*, **Jean-Philippe FOEGLE**, PhD candidate and research assistant, University of Paris Ouest-Nanterre La Défense, CREDOF-CTAD *CREDOF-CTAD UMR7074*, and **David LEWIS**, *Professor of Labour Law, Middlesex University London.*

10.30am- 11.15am: The rationale for the Council of Europe Recommendation on the Protection of Whistleblowers 2014 and its implementation in member states : the view from the Council of Europe (**Philippe KRANTZ**, *Member of the European Commitee On Legal Cooperation, Council of Europe*)

11.15am – 12am : The Council of Europe Recommendation on the Protection of Whistleblowers 2014 : putting principles into practice (**Wim VANDEKERCKHOVE**, *Lecturer, Program Leader Greenwich University London*)

12am – 1.30 pm : Lunch

1.30 pm The impact of a national whistleblowing statute on French public law (**Jean-Philippe FOEGLE**, *PhD Candidate, Research Assistant* and Laure ROMANET, *PhD Candidate, Research Assistant*)

Second Day : Building a « model-law » concerning the protection of Whistleblowers

The workshop will provide the basis for the research design and methodology of the research project. All participants are expected to attend the workshop.

9pm -12pm – First Workshop. How to assess the effectivity of the french legislation concerning the protection of whistleblowers ?

This workshop will aim at discussing about how the effectivity of the French legislation concerning the protection of whistleblowers. The following non exhaustive research questions might be asked:

- How should the notion of whistleblowing be defined ? Should « whistleblowers » be seen as organizational members, or should the notion of whistleblowing be extended to non-organizational members
- What are the laws and norms that should be reviewed, and how could the efficiency of these norms be assessed ?
- What are the relevant regulatory bodies that could help providing statistics concerning the protection of whistleblowers, and how could these statistics be assessed ?
- How to conduct questionnaires to understand the motives of French whistleblowers, and what are the relevant features that should be included in the questionnaire ?

1.30pm- 4pm- Second Workshop. Beyond the Council of Europe : in search for a « model recommandation » concerning the protection of whistleblowers

This workshop will help identifying international best practices concerning the protection of Whistleblowers. The following non exhaustive research questions might be asked:

- What are the relevant compendiums of best practices that might be useful for the purpose of conducting the research ?
- What are the foreign legislations that should be reviewed to identify « best practices » that might be relevant for the purpose of improving the efficiency of the protection of whistleblowers ?
- Once those best practices are identified, how is it possible to assess whether those « best practices » could be implemented in the french legal context ?

2.15pm The impact of a national whistleblowing statute on French private law (Johanna **SCHWARTZ-MIRALLES**, *JD (Harvard Law School), PhD Candidate, Université Aix-Marseille)*

3.pm Break

3.15pm Panel discussion led by invited experts

Chairman : **David LEWIS**, *Professor of Labour Law, Middlesex University London*

Invited experts:

Nicole MARIE MEYER, *Anti-corruption expert for Transparency International (International Secretary), Project manager for Transparency International France*

Christophe SPECKBACHER, *Head of Section II, GRECO, Council of Europe*

Pierre BERTHET, *Special Counsel, Service Central de Prévention de la Corruption (Ministry of Justice)*

Dr Katharina WEGHMANN, *PhD graduate in Business Science (Columbia University), Researcher, and Adviser for Whistleblowing in the Financial Sector*

Marc LE MENESTREL, *Visiting Professor of Ethics Social Innovation Center, INSEAD*

Sandra COLIVER, *Senior Legal Officer, Freedom of Information & Expression at Open Society Justice Initiative*

4.30 pm Closing remarks by organizers

Conçu à l'anglo-saxonne, ce séminaire n'a pas donné lieu à la succession de longs exposés académiques mais à des échanges de vue autour de différentes interrogations et réflexion des différents experts regroupés dans la salle des conseils du bâtiment B de l'Université Paris Nanterre. Les échanges ont été particulièrement denses et riches et ont permis d'avancer substantiellement sur le cadre et les perspectives de la présente recherche et plus largement de la recherche sur les lanceurs d'alerte en Europe.

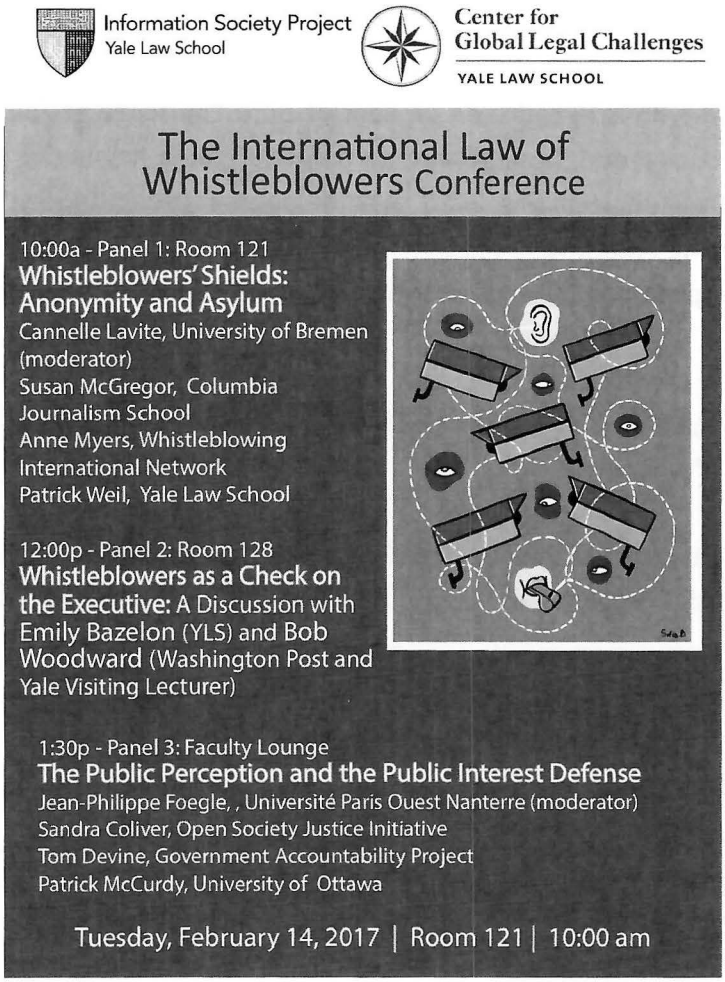
Les débats ont été enregistrés. Un gros travail a alors été effectué par Laure Romanet, la doctorante employée dans le cadre de ce contrat pour transcrire et /ou récupérer tous les textes et par Mme Benayoun, la secrétaire de rédaction de la Revue des DH pour les mettre en ligne à la rentrée universitaire 2016 avec le dossier thématique n°1 sur les lanceurs d'alerte & les droits de l'homme.
Le dossier a la composition suivante et constitue, nous semble-t-il, un dossier de référence sur ce thème :

- Dossier thématique n°2 : Towards effective protection for whistleblowers with and beyond the Council of Europe principles

Colloque 2016
Philip Krantz The rationale for the Council of Europe Recommendations on the protection of whistleblowers 2014 and its implementation in member states : the view from the council of Europe. [Texte intégral]
Wim Vandekerckhove Freedom of expression as the "broken promise" of whistleblower protection [Texte intégral]
Lauren Kierans et David Lewis Using statutory guidance and codes of practice to build on whistleblowing legislation : the Irish experience [Texte intégral]
Laure Romanet The example of Article 40, paragraph 2 of the French Code of criminal procedure in the fight against corruption and bribery: a whistleblowing mechanism for civil servants that is a legal obligation and not a mere right. [Texte intégral]
Nicole-Marie Meyer, Christophe Speckbacher et Katharina Weghmann and Marc Le Menestrel
Panel discussion led by invited experts : Towards effective protection for whistleblowers ; making whistleblowing work with and beyond the Council of Europe Recommendation on the Protection of whistleblowers. How could France implement the Council of Europe's principles concerning the protection of whistleblowers ? [Texte intégral]

Dans le cadre d'un séjour de recherche (*Resident fellow*), Jean-Philippe Foegle a co-organisé avec Rebecca Crootof à la faculté de droit de Yale une conférence internationale sur la protection des lanceurs d'alerte en droit international, à l'initiative des membres de l'Information Society Project rejoints par le Center for Global Legal Challenges (Iulia Padeanu, Oona Hataway) avec le soutien financier de l'Oscar M. Ruebhausen Fund. Réunissant nombre d'experts de la thématique issus tant de la société civile (Anna Myers, Tom Devine, Sandra Coliver) que du monde universitaire (Susan McGregor, Patrick Weil, Patrick McCurdy. Prochainement publiée dans le volume 27 du *Yale Law Journal Forum* la

conférence s'est doublée d'un entretien avec une figure historique du journalisme d'investigation Américain (Bob Woodward – Affaire du Watergate) par Emily Bazelon, *staff writer au New-York Times et Senior research fellow à la Yale Law School*. L'organisation du colloque visait à examiner au plus près le hiatus persistant dans la manière dont le droit international des droits de l'homme encadre le phénomène de l'alerte.



Sponsored by the
Oscar M. Ruebhausen Fund

https://law.yale.edu/yls-today/yale-law-school-events/international-law-whistleblowers-conference

Enfin, un workshop fermé, intitulé « Secret et liberté d'expression du lanceur d'alerte : quelles articulations réciproques ? » a été organisé le 29 septembre. Celui-ci a eu pour but de porter un regard critique sur les modalités d'articulation entre protection des secrets et liberté d'expression des lanceurs d'alerte afin d'envisager des pistes de réforme du droit

applicable en la matière. Le workshop a permis d'examiner la tension sus-décrite en s'attachant à examiner en détail les problématiques liées aux principaux secrets de nature à faire obstacle au droit d'alerter : le secret de la défense nationale, le secret des affaires, ainsi que le secret de l'avocat et le secret médical. L'après-midi a été consacré à une réunion de travail pour faire le point sur l'avancement du projet de recherche.

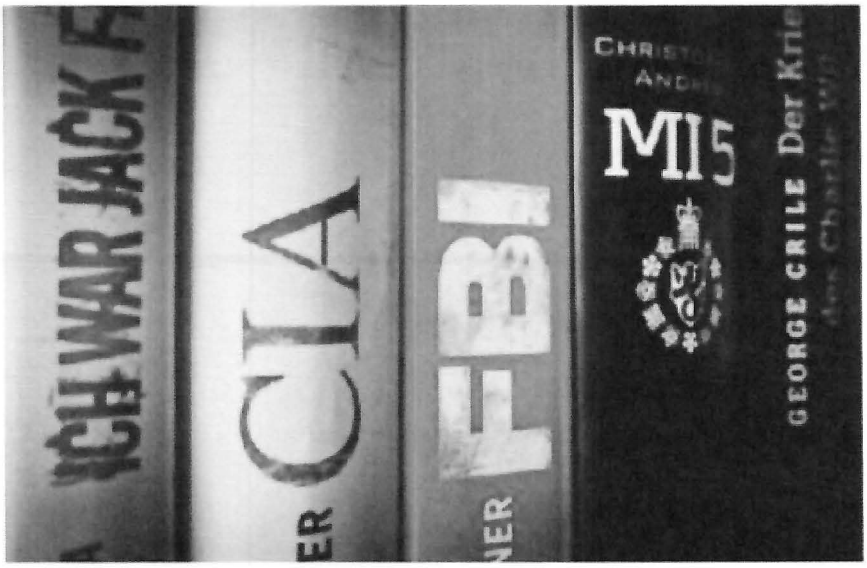
Université
Paris Nanterre
UFR DSP

Université Paris Nanterre
Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), équipe du Centre de théorie et d'analyse du droit (CTAD), UMR 7074

Secret et liberté d'expression du lanceur d'alerte

Quelles articulations réciproques ?

9H-18H



Université de Nanterre, Vendredi 29 septembre 2017 – Salle des conseils (Bâtiment B)

Convention de recherche n°216.03.21.35 avec la Mission de recherche Droit & justice

Présentation et objectifs

Au cœur du lancement d'alerte se trouve une conciliation sans cesse renouvelée entre secret et transparence, entre intérêt des personnes et opérateurs économiques à maintenir certaines informations confidentielles, et intérêt public à voir une information révélée. La où les premières générations de lois de protection des lanceurs d'alerte s'étaient focalisées sur la protection des lanceurs d'alerte contre les mesures de rétorsion internes aux organisations, c'est désormais l'arsenal pénal de lutte contre les révélations d'informations confidentielles qui apparaît comme le plus grand obstacle à une protection efficace des lanceurs d'alerte. En témoigne l'article 6A de la loi dite "Sapin II" qui, adoptant une définition large du lanceur d'alerte, en réduit immédiatement la portée en excluant un nombre important d'informations confidentielles du régime de l'alerte.

Or, à l'heure où la quantité d'informations classées "secret-défense" se multiplie et où la directive "secret des affaires" ouvre aux entreprises des possibilités accrues d'engager des poursuites pénales contre lanceurs d'alerte et journalistes, la question du point d'équilibre adéquat entre protection des secrets et protection des lanceurs d'alerte est plus que jamais d'actualité. S'il est peu douteux que les pouvoirs publics et opérateurs économiques peuvent avoir en nombre d'hypothèses un intérêt prépondérant à maintenir le secret sur certaines de leurs activités, il n'en demeure pas moins que la portée excessivement large de certains secrets semble obérer la possibilité de lancer l'alerte sans faire l'objet de poursuites. Il s'avère qu'il est nécessaire de porter un regard critique sur les modalités d'articulation entre protection des secrets et liberté d'expression des lanceurs d'alerte afin d'envisager des pistes de réforme du droit applicable en la matière.

Le présent workshop vise à examiner la tension sus-décrite en s'attachant à examiner en détail les problématiques liées aux principaux secrets de nature à faire obstacle au droit d'alerter : le secret de la défense nationale, le secret des affaires, ainsi que le secret de l'avocat et le secret médical.

L'après-midi sera consacré à une réunion de travail pour faire le point sur l'avancement du projet de recherche.

MATINÉE

9H-9H30 : Accueil des participants

9H30-10H45 Le secret des affaires à l'aune du droit de l'Union européenne

Parcellaire et morcelé, le statut du lanceur d'alerte en droit de l'Union européenne se déduit par exception des maigres avancées prévues à l'article 5 de la directive « sur le secret des affaires », qui envisage le secret des affaires comme la règle, et le lancement d'alerte comme l'exception. Encore faut-il souligner que le lancement d'alerte n'est envisagé que comme *l'ultima ratio*, l'exception à la règle du secret, qui ne doit être actionnée qu'en cas de nécessité absolue, celle de la dénonciation d'une « faute professionnelle ou une autre faute ou une activité illégale » (article 5). Or, cette définition du champ de l'alerte apparaît bien trop restrictive, et très en deçà des recommandations du Conseil de l'Europe et du Haut-commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies. Ces instances insistent au contraire sur la nécessité de couvrir l'ensemble des atteintes possibles à l'intérêt général. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, sous l'empire de la définition adoptée par la directive « secret des affaires », le lanceur d'alerte Antoine Deltour n'obtiendrait que difficilement protection puisque le système d'optimisation fiscale dénoncé par celui-ci n'était pas en tant que tel un fait fautif ou illégal au moment où celui-ci avait lancé l'alerte. À cet égard, tout reste à faire, et seule une éventuelle mise en place d'une directive *ad hoc* sur le fondement des articles 151 et 153(2)(b) du TFUE pourraient offrir une première ébauche d'un statut du lanceur d'alerte en droit de l'Union européenne.

Vigilenza Abazi, *Assistant Professor at the Faculty of Law and a Research Coordinator at the Centre for European Research in Maastricht (CERM).*

Tania Racho, *Doctorante en droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas* et Maxime Lassalle, *Doctorant en droit à l'Université du Luxembourg.*

Iana Ellis, *Director of the IBA Legal Policy & Research Unit (LPRU).*

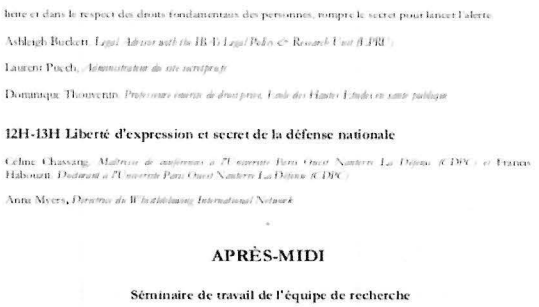
Veronika Nad, *Head of the German Whistleblower Project at Blueprint.*

10H45-11H : Pause café

11H-12H Secret de l'avocat, secret médical, secret professionnel

Description. Ce panel vise, en réunissant deux universitaires, à explorer les limites du secret de l'avocat et du secret médical face à la liberté d'expression.

Fondées sur une relation de confiance accrue avec leurs clients, les professions médicales et juridiques ne peuvent se passer du secret pour mener à bien leur mission. D'une part, puisque ces secrets concernent les données personnelles d'individus, rompre ceux-ci porterait indubitablement atteinte au droit des individus à la protection de leurs données personnelles ou au droit de bénéficier d'un procès équitable. Toutefois, nombre d'individus engagés dans une relation avec un avocat ou un médecin peuvent se trouver coupable et la relation de confiance établie entre ces professions et leurs clients peut conduire l'avocat ou le médecin à prendre connaissance de faits ou comportements contraires à l'intérêt général. Reste à savoir, précisément, quelles sont les hypothèses et modalités dans lesquelles un professionnel pourrait, de manière



lutte et dans le respect des droits fondamentaux des personnes, rompre le secret pour lancer l'alerte

Ashleigh Burdett, *Legal Advisor with the IBA Legal Policy & Research Unit (LPRU)*

Laurent Pocch, *Administrateur du site sunshine.fr*

Dominique Thouvenin, *Professeure émérite de droit privé, Ecole des Hautes Etudes en santé publique*

12H-13H Liberté d'expression et secret de la défense nationale

Céline Chassang, *Maîtresse de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (CDPC)* et Frances Haboush, *Doctorant à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (CDPC)*

Anna Myers, *Directrice du Whistleblowing International Network*

APRÈS-MIDI

Séminaire de travail de l'équipe de recherche



Comment s'y rendre ?

Par RER : RER A, Station "Nanterre Université"
Par train : Ligne L, Station "Nanterre Université"

Une fois arrivé à la station « Nanterre Université », il est aisé de vous rendre dans la salle des conférences qui se situe dans le bâtiment B de l'Université (5 minutes de marche). Il faut marcher tout droit et suivre la rangée de bâtiments (voir carte). Le bâtiment B est le 4e bâtiment sur la gauche. La salle des conférences est la salle située dans la partie gauche du bâtiment

2.Travaux collectifs et individuels

Sur le plan collectif, un travail conséquent d'analyse et de collecte de données a été réalisé tant dans le cadre du pôle d'analyse normative que dans le cadre du pôle d'analyse sociologique et celui d'analyse des bonnes pratiques en droit international et comparé. Ces pôles, via des discussions collectives en ligne ou présentiel et via des discussions en bilatéral avec les responsables de la recherche, ont identifié un nombre important d'obstacles à la protection des lanceurs d'alerte en droit interne.

- Approche normative des obstacles à l'efficacité de la protection des "lanceurs d'alerte"

La recommandation CM/Rec(2014)7 sur la protection des lanceurs d'alerte a renforcé l'identité juridique du lancement d'alerte au sein de la « grande Europe » en adoptant une approche normative complète et cohérente du phénomène du *whistleblowing*, fondée sur une identification des « bonnes pratiques » nationales et internationales en la matière[42]. Surtout, cette recommandation vise à harmoniser et parfaire l'efficacité des législations protectrices des lanceurs d'alerte au sein des États-Membres du Conseil de l'Europe. La

[42] La recommandation a en effet été préparée par un rapport de faisabilité rédigé par Paul Stephenson, qui passe en revue les législations nationales et recommandations internationales susceptibles de constituer des « bonnes pratiques » (V. en ce sens : **Jean-Philippe Foegle**, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l' « Europe des droits de l'homme » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, 11 mars 2015).

publication de ces textes incite donc à s'interroger sur la possibilité de renforcer l'efficacité de la législation française en matière de protection des lanceurs d'alerte par la mise en œuvre des principes énoncés par le Conseil de l'Europe, ce qui implique nécessairement d'évaluer au préalable l'efficacité du cadre juridique actuel.

En conséquence, le projet de recherche a procédé à une analyse serrée de la loi dite « Sapin II » qui constitue désormais le dispositif central d'encadrement du lancement d'alerte en droit interne. D'une part, il s'est agi d'analyser ses dispositions et d'examiner leur conformité aux objectifs poursuivis par la recommandation de 2014 du Conseil de l'Europe, mais également d'examiner de quelle manière celle-ci se trouve en deçà du standard fixé par le droit international et les bonnes pratiques étrangères en matière de *whistleblowing*. D'autre part, nombre de mécanismes mis en place par la loi constituant la transposition de mécanismes qui préexistaient en droit français, l'étude sur un temps plus long de l'efficacité de ces mécanismes présente un intérêt fort pour comprendre les limites de cette nouvelle législation sur la protection des lanceurs d'alerte.

- *Un travail de collecte des différents textes et jurisprudences relatives à l'alerte.*

Le premier travail réalisé a naturellement consisté à rassembler les sources pertinentes, à savoir recenser les textes de loi encadrant *lato-sensu* l'alerte, et leurs mises en application par la jurisprudence administrative et judiciaire. Un tel travail de recensement s'est avéré primordial pour l'étude de la cohérence externe des normes relatives au lancement d'alerte, car la loi « Sapin II » s'est ajoutée à un ensemble de textes qui, toujours en vigueur, font "doublon" avec la protection globale instaurée par la loi en cause.

- *Un travail de réflexion sur le champ de la protection des lanceurs d'alerte :*

Corollaire de la disparité du droit applicable en matière de lancement d'alerte, il est s'est avété nécessaire de réfléchir collectivement à l'adaptation du droit français aux recommandations du Conseil de l'Europe. La recommandation précise que le cadre national normatif, institutionnel et judiciaire devrait être *« conçu et développé dans le but de faciliter les signalements et les révélations d'informations d'intérêt général »* et ce *« en établissant des règles destinées à protéger les droits et les intérêts des lanceurs d'alerte ;* et, s'il peut s'agir d'un *« acte législatif unique »*, ce n'est pas une obligation, le principal critère d'efficacité étant que les législations relatives à la protection des lanceurs d'alerte forme un *« tout complet et cohérent »* En mêlant compétences de chacun des chercheurs, la recherche s'est attachée à décrire de manière exhaustive les hypothèses dans lesquelles le foisonnement des normes est susceptible de conduire à des conflits entre la loi Sapin et d'autres normes de protection. Il s'est agit notamment de mener ce travail à la lumière de cas de lanceurs d'alerte réels, mais également d'imaginer des cas fictifs dans lesquels un lanceur d'alerte pourrait se voir appliquer deux normes distinctes de protection, et d'examiner les conséquences d'un tel conflit.

- *Un travail de réflexion sur les canaux d'alerte :*

Corollaire de la disparité du droit applicable en matière de lancement d'alerte, il fut nécessaire de réfléchir collectivement à l'adaptation du droit français aux recommandations du Conseil de l'Europe. La recommandation préconise que soient mis en place des « voies clairement établies pour le signalement et la révélation d'informations d'intérêt général » pour sécuriser la situation juridique des lanceurs d'alerte. Or, le foisonnement de normes sus-décrit favoriser les hypothèses dans lesquelles un lanceur d'alerte serait tenu de saisir simultanément plusieurs canaux d'alerte.

A titre d'exemple, dans la fonction publique, le droit actuel laisse triplement coexister un « droit » d'alerter représenté par l'article 6ter du statut général de la fonction publique, un "droit" de lancer l'alerte prévu par la loi « Sapin II », et un « devoir » de dénoncer institué par l'article 40-2 du Code de procédure pénale. Or, ces trois procédures prévoient des canaux d'alerter différents : l'article 6ter du statut général n'opère aucune distinction en la matière et laisse implicitement la possibilité de saisir la presse au premier chef, tandis que l'article 40-2 oblige l'agent public à saisir le procureur de la république sans délai. Or, ces deux procédures sont en contrariété flagrante avec l'article 6C de la loi « Sapin II », qui prévoit que le lanceur d'alerte ne peut saisir une autorité judiciaire ou administrative qu'en l'absence de diligences, dans un délai raisonnable, de la part de l'employeur qui doit en tout état de cause être le premier destinataire de l'alerte.

- Travaux individuels

S'agissant en premier lieu des facteurs d'émergence et champ d'application des législations sur les "lanceurs d'alerte", Glen Millot détaille l'évolution de la posture de l'association Sciences Citoyennes sur la question de l'alerte, les raisons qui l'ont sous-tendue, les conséquences sur l'organisation et les modes d'action d'une structure militante revendicatrice, qui face à l'inertie, voire la complicité des pouvoirs publics, a progressivement modifié sa tactique et a dû pour cela développer de nouvelles compétences, notamment juridiques, lui permettant d'agir de manière proactive sur le terrain législatif et réglementaire, ce qui n'était a priori pas son objet.

Rufin Faustin Nzalakanda et Sonny Perseil, proposent un cadre pour protéger ceux qui révèlent les dangers dans les domaines de la santé publique, à partir d'un modèle interactif, fondé sur trois propositions sociopolitiques : la création d'une Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA) ; promouvoir la relation entre le lanceur d'alerte et la démocratie technique ; revisiter la notion de démocratie sanitaire et l'adapter au contexte du lanceur d'alerte. Ces propositions sont selon les auteurs des mécanismes influencés par un *dispositif juridique performé*. Ce dispositif est dit performé parcequ'implémenté par l'exploration des lois sectorielles relatives à la santé publique et à l'environnement (la loi Bertrand du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé et la loi du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé

et d'environnement) et de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin 2 ». La démarche exploratoire est vue par les auteurs sous l'angle d'une analyse critique orientée vers la compréhension des apports et limites du dispositif juridique existant pour la protection des lanceurs d'alerte. Sa finalité est d'aboutir à la construction d'un dispositif adapté à nos propositions de recherche. Les auteurs montrent que ce modèle interactif où les acteurs hétérogènes dialoguent et coopèrent autour de l'alerte sanitaire pour la transformer en certitude, peut être mis en scène par un modèle de traduction par *hétéronomie* de l'alerte sanitaire

Wim Vandekerckhove, Montre que le développement d'une nouvelle préoccupation pour la protection des lanceurs d'alerte démontre que l'histoire se répète. A la fin du vingtième siècle, les débats autour de la protection des lanceurs d'alerte dans de nombreux états étaient envisagés sous l'angle de la protection du droit de l'homme à la liberté d'expression ; le lancement d'alerte était un droit de l'homme qui devait, à ce titre, bénéficier d'une protection. Aucun de ces discours n'a réellement prospéré. Par conséquent, les lois de protection des lanceurs d'alerte ont été adoptées dans le cadre de politiques de lutte contre la corruption, et non pas dans un élan visant à protéger les droits humains. Le paradoxe de la protection des lanceurs d'alerte est le suivant : la liberté d'expression a constitué le point de départ de la préoccupation de protéger les lanceurs d'alerte, mais n'a pas réussi à ériger le lancement d'alerte en composante à part entière d'un droit de l'Homme. Par conséquent, les lois de protection des lanceurs d'alerte reconnaissent la légitimité du lancement d'alerte dans les hypothèses de fraude, de corruption et d'autres mauvaises pratiques, mais ne reconnaissent que trop peu le droit à la liberté d'expression dans les hypothèses où le public doit être alerté des violations des droits humains commises par les gouvernants. Et c'est précisément parce que la liberté d'expression apparaît comme le chaînon manquant de l'alerte que certaines affaires de lancement d'alerte (Wikileaks, Luxleaks, révélations Snowden...) continuent de faire scandale car il s'agit de variantes de lancement d'alerte pour lesquelles aucun encadrement juridique n'a été mis en place.

S'agissant en second lieu des obstacles juridiques à la prise de parole des lanceurs d'alerte, Céline Chassang et Francis Habouzit démontrent que , déterminé par l'administration, le champ du secret de la défense nationale interroge, car il dissimule, en dehors de tout contrôle juridictionnel, certaines activités de l'État. Dans ces conditions, l'alerte pourrait devenir une pratique intéressante afin d'identifier les classifications abusives. Toutefois, la protection drastique des informations et supports classifiés peut freiner les ardeurs des potentiels auteurs de signalements. Mais, en mobilisant des outils du droit pénal général et la jurisprudence de la Cour EDH, il est possible d'identifier une protection (retreinte) des lanceurs d'alerte.

Johanna Schwartz-Miralles explore la manière dont il peut être possible, à la lumière des pratiques américaines, d'améliorer la protection des lanceurs d'alerte lorsque ceux-ci font face à des obligations de confidentialité.

S'agissant des mécanismes de protection, Francis Habouzit démontre qu'en combinant les dispositions de la loi Sapin II et du Code pénal, il est possible de tracer les contours d'une protection pénale capable d'appréhender de nombreuses formes de comportements hostiles à l'alerte et à son auteur. Néanmoins, l'auteur relève des lacunes qui illustrent la portée limitée du statut des lanceurs d'alerte en droit pénal. Dans ces conditions, bien que la loi du 9 décembre 2016 soit une avancée considérable dans la protection des auteurs de signalement, l'exercice du droit d'alerte demeure largement subordonné au courage de dire-vrai des lanceurs d'alerte.

Céline Chassang explore la question des immunités pénales mises en place par la loi « Sapin II ». Si celles-ci permettent d'inciter davantage le signalement d'une atteinte grave à l'intérêt général, la protection des lanceurs d'alerte reste hésitante et recèle encore plusieurs limites. Ainsi, tous les lanceurs d'alerte ne sont pas incités à signaler sereinement de tels faits, car à une répression pénale variée ne répond qu'une protection pénale variable

Jonathan Keller et Eva Philippe démontrent la nécessité de revoir les lois sur la pénalisation de la violation du droit d'auteur pour permettre aux « lanceurs d'alerte » qui décompilent des logiciels en vue d'exposer des irrégularités au sein de ceux-ci de ne pas faire l'objet de sanctions civiles et pénales.

S'agissant des mécanismes de protection des lanceurs d'alerte, Lauren Kierans et David Lewis démontrent que l'usage de lignes directrices à l'attention des pouvoirs publics et employeurs en matière de protection des lanceurs d'alerte fait partie des « bonnes pratiques » internationales en la matière. Une telle approche est fondée sur le postulat selon lequel une approche uniforme ou unique à l'ensemble des problématiques suscitées par le lancement d'alerte n'est pas pertinente au vu de la grande diversité des champs de compétence et natures des autorités publiques impliquées dans la protection des lanceurs d'alerte. Selon les auteurs, l'expérience irlandaise démontre que la mise en place de lignes directrices et de circulaires interprétatives peut être une méthode utile pour indiquer aux pouvoirs publics la manière dont une loi de protection des lanceurs d'alerte doit fonctionner, tout en encourageant la mise en place dans les administrations de « bonnes pratiques » internes allant au-delà du socle minimal de protection instauré par la loi.

Robin Médard Inghilterra explore quant à lui l'apport du droit de la non-discrimination à la protection des lanceurs d'alerte. Selon l'auteur, le risque encouru par le lanceur d'alerte est bien un risque de discrimination. Plus particulièrement, cette discrimination potentielle se manifeste sous la forme d'un acte de représailles en réaction à la divulgation d'éléments

d'information révélés ou signalés dont il a eu personnellement connaissance. La spécificité de cette discrimination repose dès lors sur le fait que son acte matériel se manifeste sous la forme d'une rétorsion, constituant le traitement défavorable, fondé sur le fait d'avoir signalé une alerte conformément aux articles 6 à 8 de la loi Sapin II– critère de discrimination envisagé par le Code du travail' la loi Le Pors ainsi que le Code de la défense'

Tania Racho, explore l'épineuse question de la protection des lanceurs d'alerte dans et par l'Union européenne. La question de la protection des lanceurs d'alerte dans l'Union européenne est multiforme, car elle n'a pas pour objectif unique de s'intéresser aux alertes contre un dysfonctionnement de l'Union européenne. Cet aspect est évidemment important, car la protection que l'Union européenne pourrait octroyer pose éventuellement un exemple à suivre. C'est donc la première forme de protection, celle qui vise les personnes qui signalent que les organes, agences ou institutions de l'Union ne fonctionnement pas normalement. Mais l'Union européenne est une organisation internationale légiférante, qui propose donc des règlementations à ses États membres, qui pourraient comprendre la protection des lanceurs d'alerte. Dans ce domaine, la législation de l'Union européenne est embryonnaire. En revanche, l'Union est assez active lorsqu'il s'agit d'indiquer à des États tiers l'obligation qu'ils ont de protéger les lanceurs d'alerte

En dernier lieu, Johanna Schwartz Miralles explore, à la lumière de l''expérience américaine, la manière dont le droit pénal pourrait contribuer à une meilleure protection des lanceurs d'alerte

C)Méthodologie

La grille d'analyse commune forgée dans le cadre de deux années de recherche se fonde sur une définition commune, stipulative, du lanceur d'alerte mais également de la notion d'efficacité des normes

Définie par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) dans sa précédente recommandation de 2010 comme *« toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui »*[43], il s'agit en France d'un *« simple citoyen ou scientifique travaillant dans le domaine public ou privé [se trouvant] à un moment donné, confronté à un fait pouvant constituer un danger potentiel pour l'homme ou son environnement, et [qui] décide dès lors de porter ce fait au regard de la société civile et des pouvoirs publics »*[44].

Aux Etats-Unis, pays de « naissance » du concept, le lancement d'alerte est défini de la manière la plus courante par les scientifiques comme *« le fait que des membres d'une*

[43]APCE, 29 avril 2010, *« Résolution 1729 (2010) sur la Protection des « donneurs d'alerte»*, 29 avril 2010.

[44] Fondation Sciences Citoyennes, « Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ? », 29 janvier 2008.

organisation rendent publiques des pratiques illégales, immorales ou illégitimes, qui sont de l'autorité de leur employeur, à des personnes ou à des organisations dont l'action peut changer la situation »[45]. Cette définition relativement restrictive promue par la majorité des scientifiques[46] nord-américains cohabite toutefois avec une vision « militante », plus large, du *whistleblower*[47]. Assumant ouvertement sa volonté d'effectuer un recadrage conceptuel de la notion en promouvant une *« définition restrictive »* de la pratique du *whistleblowing*, le juriste australien Peter Jubb décrit celle-ci-ci comme l'acte de divulgation et d'accusation à l'égard d'une organisation, réalisé par une personne ayant un accès privilégié à l'information portant sur une illégalité ou une mauvaise action grave passée ou présente et nécessitant un acte de déloyauté à l'égard de cette organisation. Cette dénonciation doit être, dans ce cadre, adressée à une entité externe ayant la capacité réelle de mettre fin à cette situation[48]. D'autres scientifiques encore, comme le Canadien Kenneth Kernaghan, conçoivent cette pratique comme intrinsèquement tournée vers le public[49], tandis que le professeur Zachariah Ezekiel ne voit en celle-ci qu'un strict mécanisme procédural[50].

Afin de ne pas buter sur un enjeu de définition irrésoluble, a été décidé d'adopter la définition du lanceur d'alerte suivante : « *Toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général* ». Cette définition, proche de celle fournie par la recommandation du Conseil de l'Europe, ne restreint néanmoins pas la notion aux personnes engagées dans une relation de travail, ce qui permet de ne pas exclure les lanceurs d'alerte extra-organisationnels tels que, par exemple, les riverains dénonçant ce qui leur apparaît constituer un risque ou un danger pour l'intérêt général. De plus, une telle définition est proche de celle fournie par la loi « Sapin II »[51], qui ne fait aucunement référence à l'existence d'une relation de travail et, partant, a vocation en principe à protéger un nombre important de lanceurs d'alerte.

---

[45] Janet Near, Maria Miceli, "Effective Whistle-Blowing", *Academy of Management Review*, vol. 20, n° 3, juillet 1995, p. 680.

[46] V. Nicholas Rongine, « Toward a Coherent Legal response to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing », *American Business Law Journal*, Summer 1985, Vol 23. 2. Issue; p. 28.

[47] Ainsi, l'avocat et militant consumériste Ralph Nader adopte, une conception plus ouverte -mais également plus empreinte de de subjectivisme- de la pratique du whistleblowing comme *« L'acte d'un homme ou d'une femme qui, ayant la conviction que l'intérêt public doit primer sur l'intérêt de l'organisation qu'il sert, lance l'alerte (blows the whistle) sur le fait que l'organisation est engagée dans une activité de corruption, une activité illégale, frauduleuse ou encore, présentant un risque pour le public ».*

[48] Peter Jubb, "Whistleblowing: A restrictive definition and interpretation.", *Journal of Business Ethics 21.1 pp.* 77-94.

[49] Celui-ci définit le whistleblowing comme une *« divulgation au public, par des employés du secteur public, d'information concernant des méfaits gouvernementaux ».V.* Kenneth Kernagan, John Langford, « The Responsible Public Servant », *The Institute of Public Administration of Canada*, 1990, p. 94.

[50] Il s'agirait alors d'une *« procédure de dénonciation que les employés peuvent utiliser pour faire part d'inquiétudes concernant des actes illégaux ou non-éthiques constatées sur leur lieu de travail ».* Zacharia Ezechiel, "Creating effective whistleblowing mechanisms ; Insights for practitioners" The Conference Board of Canada, décembre 2004, p.1

[51] Article 6 : « *Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur*

Enfin, si la recommandation de 2014 opte pour une définition du lanceur d'alerte pour des raisons conjoncturelles, le rapport de faisabilité de cet instrument soulignait lui-même que cette définition pourrait avoir vocation à être revue à l'avenir pour y intégrer les clients et les consommateurs et, par conséquent, ne pas limiter à l'existence d'une relation de travail[52].

La notion d'efficacité des normes, qui fait l'objet du travail d'évaluation du présent projet de recherche, mérite clarification, ce qui ne peut se passer d'une distinction de la notion d'efficacité de la notion voisine d'effectivité. Comme le soulignent Véronique Champeil-Desplats et Eric Millard, le concept d'effectivité du texte renvoie *« à la mise en action de l'énoncé normatif par les autorités d'application (et au-delà au critère d'identification d'une norme comme existant »*, tandis que l'efficacité *« désigne la relation entre l'intention ou l'objectif supposé recherché par les auteurs de l'énoncé initial et le résultat obtenu ».* Ainsi la notion d'efficacité des normes du conseil de l'Europe dans le contexte de la protection des lanceurs d'alerte renvoie à une analyse de l'écart entre les objectifs poursuivis par le Conseil de l'Europe d'une part, et la réalité des concrétisations juridiques de la protection des lanceurs d'alerte d'autre part. Partant, il s'agit de définir de manière synthétique les objectifs poursuivis par la recommandation de 2014 du Conseil de l'Europe.

Cette recommandation exige :

- Que les législations qui protègent les lanceurs d'alerte couvrent un large éventail d'informations d'intérêt général ;
- Que les personnes ont accès à plusieurs voies de signalement et de révélation de telles informations ;
- Que des mécanismes existent pour veiller à ce que les signalements et les révélations d'informations soient rapidement suivis d'action ;
- Que toute forme de représailles soit interdite, dès lors que le lanceur d'alerte a des motifs raisonnables de croire en la véracité des informations ;
- Que les lanceurs d'alertes puissent prétendre au respect de la confidentialité de leur identité de la part des personnes à qui ils ont fait un signalement, à moins qu'ils n'en décident autrement (sous réserve de garanties d'un procès équitable).

Elle donne en outre une définition du lanceur d'alerte, de signalement ou révélation d'informations d'intérêt général et de l'alerte elle-même qui sont les suivantes :

- Ainsi, le lanceur d'alerte est défini (page 7) comme *« Toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé. »*

---

le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. ».

[52] Paul Stephenson, Michael Levi, « La protection des donneurs d'alerte », *Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, p. 40.

- Signalement ou révélation d'informations d'intérêt général (*ibid.*) est défini comme : *« Tout signalement d'actions ou d'omissions constituant une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, ou toute révélation d'informations sur de tels faits. »*
- L'Alerte (page 13) est définie comme « *Action d'une personne qui fait état de préoccupations ou révèle des informations relatives à des actions ou des omissions constituant une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, dont elle a été le témoin au cours de son travail ; par exemple un préjudice pour les usagers d'un service, le grand public ou l'organisation elle-même, ou encore une violation de la loi.* »

Ainsi, elle ne limite pas l'alerte – et donc le statut de lanceur d'alerte – aux seules révélations de violation de la loi mais inclut au contraire la révélation d'actions ou d'omissions constituant une menace ou un préjudice pour l'intérêt général.

Au surplus, l'exposé des motifs de cette recommandation rappelle la nécessité de protéger l'alerte au public au premier chef lorsque « *il n'existe pas de voies alternatives sûres pour faire état de préoccupations* » ou encore « *lorsque ces voies ne fonctionnent pas correctement et que les actes répréhensibles se poursuivent ou sont dissimulés* » (Exposé des motifs, p.14). L'alerte au public doit en tout état de cause être protégée dès lors que l'information divulguée est utile pour permettre le bon fonctionnement d'une démocratie fondée sur la libre-discussion des affaires d'intérêt général, car « en démocratie, la possibilité de faire des révélations publiques d'informations – aux médias ou à un parlementaire par exemple – est une garantie essentielle de la protection de l'intérêt général et est également consacrée dans les droits liés à la liberté d'expression » (Exposé des motifs, p.17). Enfin, s'agissant des poursuites pénales ou civiles pour violation d'une obligation contractuelle ou légale de confidentialité, le principe 11 de cette recommandation rappelle qu' « *un employeur ne devrait pas pouvoir se prévaloir des obligations légales ou contractuelles d'une personne pour empêcher cette personne de faire un signalement ou une révélation d'informations d'intérêt général, ou pour la sanctionner pour cette action* ».
La recherche a donc évalué la manière dont les normes de droit interne parviennent ou non à remplir cet objectif, ce qui implique d'examiner tant la cohérence externe que la cohérence interne de ces normes, à savoir l'adéquation des moyens employés pour protéger les lanceurs d'alerte avec les objectifs sus-énoncés :

La recherche s'est donc intéressée en premier lieu à la cohérence externe des normes relatives au lancement d'alerte, à savoir la manière dont celles-ci peuvent entrer en contradiction avec d'autres normes issues de l'ordre juridique interne, mais également des ordres juridiques internationaux et européens. Il s'est agit ici de passer en revue l'ensemble des textes pouvant, *lato sensu*, encadrer le phénomène de l'alerte. Dans ce cadre, il s'est agit de repérer les nombreuses contradictions entre normes de droit interne, mais également d'examiner la conformité de ces normes aux obligations souscrites par la France, et en

particulier au regard de la nouvelle directive dite "secret des affaires" qui prévoit une disposition protectrice des lanceurs d'alerte

La cohérence interne des textes et mécanismes protecteurs des lanceurs d'alerte revêt également une importance cruciale dans le contexte de la présente recherche. Il s'est agi ici de s'interroger sur leur adéquation aux objectifs poursuivis par le Conseil de l'Europe. Ces divers mécanismes prévus pour protéger le lanceur d'alerte et créer un environnement juridique favorable au lancement d'alerte sont-ils suffisamment complets et précis pour parvenir à cet objectif ? Il s'est agi de déceler les insuffisances de ces dispositions et, en creux, de souligner l'incomplétude et l'inadaptation du cadre actuel à l'objectif de protection optimale des lanceurs d'alerte.

Chapitre préliminaire : l'apport limité du droit de l'Union Européenne à la protection des lanceurs d'alerte

La protection des lanceurs d'alerte dans et par l'Union européenne
Par Tania Racho

La question de la protection des lanceurs d'alerte dans l'Union européenne est multiforme car elle n'a pas pour objectif unique de s'intéresser aux alertes contre un dysfonctionnement de l'Union européenne. Cet aspect est évidemment important, car la protection que l'Union européenne pourrait octroyer pose éventuellement un exemple à suivre. C'est donc la première forme de protection, celle qui vise les personnes qui signalent que les organes, agences ou institutions de l'Union ne fonctionnement pas normalement (I). Mais l'Union européenne est une organisation internationale légiférante, qui propose donc des règlementations à ses Etats membres, qui pourraient comprendre la protection des lanceurs d'alerte (II). Clairement, dans ce domaine, la législation de l'Union européenne est embryonnaire. En revanche, l'Union est assez active lorsqu'il s'agit d'indiquer à des Etats tiers l'obligation qu'ils ont de protéger les lanceurs d'alerte (III).

I. La protection des lanceurs d'alerte dans l'Union européenne

Déterminer comment l'Union européenne protège les lanceurs d'alerte qui s'attaquent aux dysfonctionnements interne de l'organisation pose des enjeux à la fois en termes d'exemple – car les Etats membres peuvent ensuite se servir du modèle de l'Union dans leur législation – mais plus généralement des débats sur la transparence démocratique de l'organisation. En effet, comme l'indique le Parlement européen : « *les lanceurs d'alerte contribuent dans une large mesure à améliorer la qualité démocratique des institutions publiques et la confiance qui leur est portée en les rendant directement responsables devant les citoyens et davantage transparentes* »53.

Ainsi, l'Union européenne a adopté des mesures dans le statut de ses fonctionnaires pour garantir une procédure en cas de dysfonctionnement (A), qui peuvent particulièrement affecter les intérêts financiers de l'Union européenne (B).

A. Les fonctionnaires lanceurs d'alerte de l'Union européenne

53 Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)).

Le statut des fonctionnaires a été modifié dans en 2013, pour inclure un nouvel article 22 quater54, qui oblige chaque institution, organe ou agence de l'Union à mettre en place une procédure pour la protection des fonctionnaires européens qui dénonceraient un dysfonctionnement interne. L'article 22 bis du statut prévoit que « *Le fonctionnaire qui, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, a connaissance de faits qui peuvent laisser présumer une activité illégale éventuelle, notamment une fraude ou une corruption, préjudiciable aux intérêts de l'Union, ou une conduite en rapport avec l'exercice de ses fonctions pouvant constituer un grave manquement aux obligations des fonctionnaires de l'Union, en informe immédiatement son supérieur hiérarchique direct ou son directeur général ou encore, s'il le juge utile, le secrétaire général, ou toute personne de rang équivalent, ou directement l'Office européen de lutte antifraude* ». L'article précise que l'information doit être transmise par écrit au supérieur hiérarchique qui transmet ensuite à l'OLAF (office européen de lutte antifraude). Ainsi, l'OLAF doit systématiquement être incluse à un moment donné dans la procédure et va diligenter l'enquête sur ce qui est qualifié d'activité illégale, de la fraude ou de la corruption. L'OLAF fait partie de la Commission européenne, mais possède un statut indépendant pour mener ses enquêtes. D'ailleurs, le Parlement européen, dans un rapport de janvier 2017, estime qu'il serait pertinent que l'OLAF publie un rapport annuel sur l'évaluation de la protection des lanceurs d'alerte dans l'UE55.

Le troisième paragraphe de l'article 22 bis précise que le fonctionnaire ne doit subir aucun préjudice du fait de l'information qu'il a transmis, à condition qu'il ait agit de bonne foi. Sur cet aspect de bonne foi, une résolution du Parlement européen de février 2017 vient préciser que la protection est accordée y compris à ceux qui étaient convaincus que les informations étaient correctes au moment de leur divulgation mais s'avèrent finalement inexactes56. Enfin, sont exclus de l'alerte tous les documents relatifs à une affaire juridictionnelle pendante ou clôturée. L'article 22 ter concerne les alertes qui auraient été transmises aux principales institutions de l'Union (président de la Commission, président de la Cour des comptes, président du Conseil, président du Parlement ou médiateur européen). Cette fois, l'absence de préjudice pour le fonctionnaire est conditionnée par le fait que les informations transmises paraissent fondées pour le fonctionnaire, qui agit donc de bonne foi. En informant l'OLAF ou son institution, le fonctionnaire doit leur laisser un délai de réponse. Ce délai de réponse est fixé par l'OLAF et le fonctionnaire doit être prévenu du temps envisagé par l'OLAF pour traiter l'alerte dans un maximum de 60 jours après la transmission de l'information. Enfin, l'article 22 quater prévoit une procédure qui cible

54 Règlement (UE, Euratom) n° 1023/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le statut des fonctionnaires de l'Union européenne et le régime applicable aux autres agents de l'Union européenne, *JOUE* n° L 287, 9 octobre 2013, p. 15, article premier, 12), entré en vigueur en 2014.

55 Rapport du 20 janvier 2017 du PE sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, (2016/2055(INI)).

56 Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)).

précisément le préjudice que le fonctionnaire aurait tout de même subi en transmettant une information. La procédure concerne donc « *la manière dont ils ont été traités après ou du fait de s'être acquittés de leurs obligations au titre de l'article 22 bis ou 22 ter. L'institution concernée veille à ce que de telles réclamations soient traitées de manière confidentielle* ». Chaque institution et organe de l'Union doit se doter d'une procédure de sanction du préjudice subi par le lanceur d'alerte.

En avril 2016, le Parlement européen, dans une série de résolution, rappelle à chaque institution, organe ou agence de remplir cette obligation en adoptant des règles internes afin de transposer l'article 22 quater57. Paradoxalement, le Parlement européen lui-même reconnaît le retard dans l'adoption de ces règles en son sein, finalement entrées en vigueur en janvier 2016. Dans la série de résolutions mentionnées, le Parlement européen n'hésite pas à pointer du doigt les mauvais élèves qui n'ont pas encore adopté ces règles internes (par exemple Eurojust, le Bureau européen d'appui en matière d'asile et Europol58) tandis que de nombreux autres institutions et organes ont transposé ces règles internes, qui sont par ailleurs difficilement accessibles de l'extérieur puisqu'elles ne semblent pas figurer dans les règlements intérieurs de ces organes et institutions. Ainsi, la Commission européenne – qui a d'ailleurs adopté en 2012 des lignes directrices pour la transmission d'informations en cas de dysfonctionnements graves59 –, le Conseil, la Cour de justice, la Cour des comptes, le Service européen pour l'action extérieure, le CESE, le Comité des régions, le Médiateur européen60 ou encore le contrôleur européen de la protection des données ont transposé l'article 22 quater61. La Commission, dans un rapport de 201762, confirme que toutes les institutions ont arrêté les règles internes relatives à l'article 22 quater du statut des fonctionnaires. Toujours en 2017, le Parlement européen indique que « *le comité interinstitutionnel du statut n'a pas encore achevé ses travaux en ce qui concerne la protection des lanceurs d'alerte; qu'une partie des travaux effectués par ce comité devrait consister à évaluer la situation des lanceurs d'alerte qui ont été subi des répercussions au sein des institutions, de façon à mettre en place des pratiques fondées sur l'expérience du passé* »63. Ainsi, ce comité interinstitutionnel serait en train d'affiner les règles relatives à la

---

57 Le médiateur européen a également mené une enquête en 2014 contre sept entités de l'Union en raison de l'absence de règles protégeant les lanceurs d'alerte. Voir le cas OI/2014/PMC.

58 Résolution (UE) 2016/1568, 2016/1505 et 2016/1571 Du Parlement européen du 28 avril 2016 contenant les observations qui font partie intégrante de la décision concernant la décharge sur l'exécution du budget d'Eurojust, du Bureau européen d'appui en matière d'asile et d'Europol pour l'exercice 2014.

59 Communication du vice-président Šefčovič à la Commission sur les lignes directrices relatives à la transmission d'informations en cas de dysfonctionnements graves du 6 décembre 2012, SEC(2012) 679 final.

60 Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)), point 31.

61 Résolution (UE) 2016/1483 du Parlement européen du 28 avril 2016 contenant les observations qui font partie intégrante de la décision concernant la décharge sur l'exécution du budget général de l'Union européenne pour l'exercice 2014, section IX — Contrôleur européen de la protection des données, point 9.

62 Rapport de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil sur les règles d'exécution du statut des fonctionnaires adoptées par l'autorité investie du pouvoir de nomination de chaque institution du 26 octobre 2017, COM(2017) 632 final.

63 Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)), point M.

protection des lanceurs d'alerte, ce qui ferait à nouveau évoluer les règles internes de chaque institution, organe et agence de l'Union et valoriserai probablement l'action des lanceurs d'alerte.

Concrètement, il existe peu de cas connus de lanceurs d'alerte dénonçant des dysfonctionnements dans l'UE : soit l'anonymat a bien fonctionné, soit il n'y a pas de dénonciation, soit elles ne sont pas médiatisées. Le Parlement européen, dans un rapport de janvier 201764, penche pour l'inexistence de dénonciations en indiquant que l'absence d'harmonisation dans la protection des lanceurs d'alerte implique que les personnes pensent qu'il est risqué de livrer des informations sur des irrégularités financières de l'UE.

Une dénonciation qui a été quelque peu médiatisée est celle à l'encontre de la mission EULEX Kosovo, par Maria Bamieh, qui en faisait partie en tant que procureur britannique et qui a signalé des cas de corruption au sein de la mission (qui a pourtant pour objectif la lutte contre la corruption). Ella a été mise à pied en 2015 après avoir effectué des premiers signalements en 2012 à sa hiérarchie et avoir rendu l'affaire publique en 2014. Elle s'est ensuite tournée vers les juridictions britanniques, car elle est avant tout employée par la *Foreign and Commonwealth office* et était détachée auprès d'EULEX. Les juges britanniques se sont déclarés compétents pour connaître de sa situation et de l'alerte : même si les faits se sont déroulés au Kosovo, un lien suffisant existe avec la loi britannique65.

De son côté, le Comité économique et social européen (CESE) est d'avis qu'il faut encourager la protection des lanceurs d'alerte pour qu'ils puissent sereinement dénoncer des cas de corruption66, comme il l'indique dans un avis de 2016. La démarche est intéressante mais paradoxale, sachant que le Comité est l'un des rares organes directement pointé du doigt par le Parlement européen pour le mauvais traitement accordé à un lanceur d'alerte qui avait dénoncé un dysfonctionnement. Plus précisément, avait été signalé des faits de harcèlement moral au sein du service juridique du CESE. Le Parlement encourage donc, dans une résolution d'avril 2016, le CESE à prendre des mesures pour assurer la reconnaissance et le respect de la qualité de lanceur d'alerte67. Le Comité des régions a eu un comportement similaire à celui du CESE puisque le Parlement européen a jugé dans une

---

64 Rapport du 20 janvier 2017 du PE sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, (2016/2055(INI)).

65 Voir, M. KENNER, « Whistleblower wins English claim against co-workers over detriment suffered abroad », 9 février 2018 sur le site : https://www.peoplemanagement.co.uk/news/articles/whistleblower-wins-claim-against-co-workers-abroad.

66 Avis du Comité économique et social européen sur les «Propositions visant à lutter contre la corruption dans l'Union européenne: prise en compte des préoccupations des entreprises et de la société civile» (avis d'initiative) 15 janvier 2016.

67 Résolution (UE) 2016/1477 du Parlement européen du 28 avril 2016 contenant les observations qui font partie intégrante de la décision concernant la décharge sur l'exécution du budget général de l'Union européenne pour l'exercice 2014, section VI — Comité économique et social européen, point 21.

résolution de 201668 « *inacceptable que le Comité s'occupe de la même affaire de dénonciation des dysfonctionnements depuis 2003 et que, malgré les arrêts rendus par le Tribunal de la fonction publique, il n'ait pas encore obtempéré* ». En l'occurrence, il s'agissait d'irrégularités dans la gestion budgétaire du Comité. Le Parlement demande également au Comité d'admettre publiquement que les allégations du lanceur d'alerte étaient correctes69, ce qui peut être perçu comme une sanction à la fois contre le dysfonctionnement initial et le mauvais traitement du lanceur d'alerte.

B. Les alertes relatives aux intérêts financiers de l'Union européenne

Au delà des fonctionnaires, des citoyens européens peuvent aussi alerter le Parlement européen, notamment au sujet des intérêts financiers de l'Union européenne. Parmi ces intérêts financiers, le budget de l'Union évidemment, donc toutes les questions relatives aux fraudes à la TVA, mais aussi la répartition et l'utilisation des fonds mis à disposition des Etats membres pour appliquer les politiques de l'Union. Une alerte sur les intérêts financiers de l'Union peut donc en réalité porter sur la seule utilisation nationale de ces fonds. Le Parlement européen indique ainsi qu'il reçoit « *régulièrement des informations de la part de citoyens ou d'organisations non gouvernementales dénonçant des irrégularités concernant certains projets financés totalement ou en partie par le budget de l'Union* »70. Le Parlement a adopté le 14 février 2017 une résolution concernant spécifiquement cette question, sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Celle-ci souligne leur importance : « *considérant que les lanceurs d'alerte jouent donc un rôle important dans la prévention, la détection et le signalement d'irrégularités concernant les dépenses liées au budget de l'Union, ainsi que dans l'identification et la divulgation de faits de corruption* »71.

A ce titre, la coopération renforcée relative au parquet européen adoptée en octobre 2017, mentionne les lanceurs d'alerte comme pouvant apporter de nouvelles informations à l'attention du parquet pour l'aider dans sa mission de recherche, et de poursuite des atteintes aux intérêts financiers de l'Union72. Le règlement ajoute que les Etats membres sont invités à prévoir en interne des procédures efficaces de signalement d'infractions et qu'ils sont protégés de « *tout acte de représailles et en particulier de toute mesure*

---

68 Résolution (UE) 2016/1479 du Parlement européen du 28 avril 2016 contenant les observations qui font partie intégrante de la décision concernant la décharge sur l'exécution du budget général de l'Union européenne pour l'exercice 2014, section VII — Comité des régions, point 33.

69 *Ibid.*

70 Rapport du 20 janvier 2017 du PE sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, (2016/2055(INI)).

71 Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)).

72 Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, considérant n° 51.

préjudiciable ou discriminatoire en matière d'emploi »73. Il y a donc une « compétence partagée » et les Etats doivent activement prévoir des dispositions de protection des lanceurs d'alerte lorsque les intérêts financiers de l'Union sont en jeux. Le Parlement européen demande « *aux États membres de dépénaliser la démarche des lanceurs d'alerte qui révèlent des informations concernant des activités illicites et illégales qui nuisent aux intérêts financiers de l'Union* »74. En revanche, ces mentions ne figurent que dans les considérants de la réglementation, donc dans les motivations ayant abouti à l'adoption de règles, pas dans les dispositions elle-même du règlement, ce qui n'offre pas un signe positif de prise en compte des lanceurs d'alerte.

C'est donc le Parlement européen qui est à l'origine des incitations pour l'encadrement et la protection des lanceurs d'alerte au sein de l'Union et c'est toujours cette institution qui se saisit du sujet pour adopter une norme d'harmonisation de la protection des lanceurs d'alerte dans les Etats membres de l'Union. C'est l'institution la plus active sur ce sujet, mais aussi celle qui a le moins de pouvoir au sein des institutions, qui n'a en tout cas pas la possibilité d'adopter des normes coercitives. L'institution a un pouvoir classique d'incitation politique mais les députés européens ne peuvent pas initier la loi. Pourtant, des députés du groupe Les Verts ont présenté une directive en mai 201675 portant sur la protection sociale des lanceurs d'alerte, qui ne peut que servir de modèle pour la Commission européenne.

II. La protection des lanceurs d'alerte selon l'Union européenne

Le Parlement européen, souhaite mettre en place et encourager « *une culture de la confiance, propice au bien public européen, qui permette aux fonctionnaires et aux autres agents de l'Union comme aux citoyens en général de se sentir protégés par des pratiques de bonne administration et qui montre que les institutions de l'Union soutiennent, protègent et encouragent les lanceurs d'alerte potentiels* »76. Pour cela, il paraît évident qu'une norme de protection au niveau de l'Union européenne permettrait d'assurer la même protection d'un Etat à l'autre, ce qui peut être pertinent pour des signalements concernant des autorités publiques, comme dans l'affaire Snowden, ou pour des alertes portant sur des dysfonctionnements d'entreprises ayant une dimension européenne, voire mondiale. Cependant, il paraît difficile de trouver une base juridique générale pour justifier une norme de l'Union, à moins de voir dans l'absence de protection des lanceurs d'alerte une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur (A). Ainsi, les mesures qui existent sont sectorielles, parcellaires, elles visent les lanceurs d'alerte dans des normes spécialisées qui ont un autre objectif (B).

---

73 *Ibid.*

74 Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)).

75 Pour voir la directive : https://www.greens-efa.eu/en/article/whistle-blowers-directive/

76 Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)).

A. L'absence de norme générale de protection des lanceurs d'alerte

A ce jour, l'Union européenne n'a pas adopté de norme unique pour harmoniser la protection des lanceurs d'alerte. Pourtant, dès l'affaire Snowden, le Parlement européen se saisit de la question de la protection des lanceurs d'alerte et invite la Commission à proposer une réglementation, ce qu'elle refuse explicitement en 201377. Cependant, dans une communication de 2016, la Commission semble arriver à un certain degré de maturation en indiquant qu'elle soutient l'objectif « *visant à protéger les lanceurs d'alerte des représailles* », sans mentionner spécifiquement la question du secret. Enfin, dans sa communication, la Commission indique envisager « *d'évaluer les possibilités d'action horizontales ou sectorielles au niveau de l'Union, dans le respect du principe de subsidiarité* »78. Mais il a fallu attendre début 2017 pour que la Commission initie une consultation publique, clôturée en mai 2017. La consultation publique concrétise normalement une première étape dans le cadre d'une éventuelle proposition législative générale sur la protection des lanceurs d'alerte par la Commission, ce qui paraît être confirmée par la feuille de route du 26 janvier 2017, fondement de la consultation. Le gouvernement français a d'ailleurs répondu à la consultation publique en indiquant que pour assurer une protection efficace, il faut prévoir une procédure de signalement confidentielle pour éviter des pressions ou des menaces dans leur position. Néanmoins, la Commission européenne n'a pour l'instant pas donné de suite à cette impulsion, ce que le Parlement européen déplore79.

De son côté, le Parlement européen a rendu un rapport et une résolution en octobre 2017, allant dans le sens d'une norme générale pour une adoption de mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte qui divulguent, au nom de l'intérêt public, des informations confidentielles d'entreprises et d'organismes publics80. Dans sa résolution, le Parlement invite à nouveau la Commission à présenter « *une proposition législative horizontale établissant un cadre réglementaire commun global qui garantira un niveau élevé de protection des lanceurs d'alerte dans l'Union à tous les niveaux des secteurs public et privé, ainsi que dans les institutions nationales et européennes, y compris les organes et organismes nationaux et européens, en tenant compte du contexte national et sans limiter la*

---

77 Question PE – Commission, 14 février 2013, au sujet d'un rapport « *Par contre, il n'abordera pas une éventuelle législation européenne protégeant les lanceurs d'alerte: la Commission, qui avait été invitée à soumettre une proposition à ce sujet, évalue pour l'instant les informations disponibles* ».

78 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social Européen et au Comité des régions. Programme de travail de la Commission pour 2017 Répondre aux attentes - Pour une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et défend, 2016/710 final.

79 R ésolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)), point 1.

80 Rapport 11 octobre 2017, sur les mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte qui divulguent, au nom de l'intérêt public, des informations confidentielles d'entreprises et d'organismes publics (2016/2224(INI)) et résolution du Parlement européen du 24 octobre 2017 sur les mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte qui divulguent, au nom de l'intérêt public, des informations confidentielles d'entreprises et d'organismes publics (2016/2224(INI)).

possibilité pour les États membres de prendre des mesures supplémentaires »81. Le Parlement européen souhaite ainsi qu'un « *cadre juridique transversal* »82 soit mis en place avec une protection de l'anonymat, une assistance juridique et psychologique pour les personnes à l'origine de la dénonciation. De plus, l'institution estime que la législation générale doit couvrir à la fois le secteur public et privé et elle doit permettre de fixer une protection minimale pour les lanceurs d'alerte européens83. L'ensemble pourrait être concrétisé, comme le suggère toujours le Parlement, par un organe européen indépendant qui aurait pour mission de collecter l'information et de vérifier sa fiabilité mais aussi de conseiller84. L'organe aurait des bureaux dans chaque État membre et des moyens pour assurer la confidentialité autour de l'identité du lanceur d'alerte. De façon pragmatique, le Parlement propose l'ouverture d'un site web accessible au public qui recevrait les différentes plaintes anonymes85, ce qui est également l'avis du Comité économique et social qui souligne cette possibilité dans le cadre du marché unique comme outil pertinent pour la transmission confidentielle d'informations (spécifiquement sur la fabrication de produits industriels)86. La Commission a d'ailleurs installé un système similaire, un site internet accueillant des alertes mais spécifiquement pour le droit de la concurrence87, confirmant le choix de l'Union vers une législation sectorielle pour la protection des lanceurs d'alerte.

B. La protection disparate dans le droit sectoriel de l'Union européenne

En attendant une mesure générale, des mesures sectorielles existent qui ont toutes en commun la mise en place d'un mécanisme de signalement devant passer par une autorité

---

81 Résolution du Parlement européen du 24 octobre 2017 sur les mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte qui divulguent, au nom de l'intérêt public, des informations confidentielles d'entreprises et d'organismes publics (2016/2224(INI)), point 1.

82 Rapport du 20 janvier 2017 du PE sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, (2016/2055(INI)) et résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)), point G.

83 Voir par exemple Résolution (UE, Euratom) 2016/1461 du Parlement européen du 28 avril 2016 contenant les observations qui font partie intégrante des décisions concernant la décharge sur l'exécution du budget général de l'Union européenne pour l'exercice 2014, section III — Commission et agences exécutives, point 379.

84 Rapport du 20 janvier 2017 du PE sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, (2016/2055(INI)), point 15 et résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)), point 15.

85 Rapport du 20 janvier 2017 du PE sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, (2016/2055(INI)), point 20.

86 Avis du Comité économique et social européen sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen — «Une vision pour le marché intérieur des produits industriels» — COM(2014) 25 final 26 novembre 2014.

87 Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI), point 69 : « *salue le fait que la Commission ait enfin mis en place un outil permettant aux lanceurs d'alerte de signaler ou de divulguer des informations sur les ententes et autres accords en matière de concurrence, tout en insistant sur la simplification indispensable des procédures et sur le fait que les canaux utilisés ne devraient pas être trop nombreux* ».

compétente (2), mais avant de s'y intéresser il faut envisager la directive secret d'affaire qui va plutôt contrarier le lancement d'alertes (1).

(1) La directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguée (secret d'affaire), adoptée le 8 juin 201688 (à transposer avant le 9 juin 2018) semble plutôt empêcher la protection des lanceurs d'alerte en déplaçant la question du secret de la plainte – ou secret de la procédure – au secret en amont : celui des affaires. La directive dite « secret d'affaire » prévoit donc que les États membres adoptent des sanctions en cas de violation de ce secret. La position des lanceurs d'alerte étant forcément menacée par ce secret, il a été prévu une exception en leur faveur mais qui paraît trop peu développée (un seul considérant mentionne explicitement les lanceurs d'alerte). Dans sa version finale, la directive contient un article 5 qui envisage des dérogations au respect du secret d'affaires dont la révélation d'une faute, d'un acte répréhensible, d'une activité illégale à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général, condition qui n'apparaît pas nécessairement dans d'autres législations et différentes de la bonne foi. La formulation de l'article risque de faire l'objet de transpositions différentes et un suivi des mesures nationales dérogatoires sera nécessaire. Le Parlement européen indique régulièrement dans ses résolutions qu'il faut accorder une attention particulière à la protection des lanceurs d'alerte dans le cadre de cette directive89 notamment car la mesure peut « *avoir un effet dissuasif non souhaité sur ceux qui veulent signaler des irrégularités liées au financement de l'Union dont certaines entreprises ont pu bénéficier* »90. Le Comité économique et social européen, dans un avis de janvier 2016 sur la proposition de législation pour lutter contre la corruption dans l'UE, prévoit que le secret d'affaires et la vie privée ne doivent pas être des obstacles à la divulgation de la corruption. Il indique aussi qu'un garde fou doit être envisagé, « des mesures de sauvegarde » pour protéger les parties concernées contre la dénonciation incorrecte de dysfonctionnement91. De son côté, la Commission indique que la législation « *fixe un cadre dans lequel une protection efficace des lanceurs d'alerte contrebalance l'importance de l'éthique professionnelle et la confidentialité des informations commerciales* »92, ce qui semble la satisfaire.

---

88 Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

89 Résolution (UE, Euratom) 2016/1461 du Parlement européen du 28 avril 2016 contenant les observations qui font partie intégrante des décisions concernant la décharge sur l'exécution du budget général de l'Union européenne pour l'exercice 2014, section III — Commission et agences exécutives et Résolution (UE) 2016/1606 du Parlement européen du 28 avril 2016 concernant la décharge sur l'exécution du budget des agences de l'Union européenne pour l'exercice 2014: performance, gestion financière et contrôle.

90 Rapport du 20 janvier 2017 du PE sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, (2016/2055(INI)).

91 Avis du Comité économique et social européen sur les «Propositions visant à lutter contre la corruption dans l'Union européenne: prise en compte des préoccupations des entreprises et de la société civile» (avis d'initiative) 15 janvier 2016, point 1.6.

92 Communication de la Commission du 5 juillet 2016 sur d'autres mesures visant à renforcer la transparence et la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales : COM(2016) 451 final.

(2) Dans les domaines de compétences traditionnels de l'Union européenne, des mesures sectorielles existent avec en commun l'obligation pour les autorités nationales de mettre en place des mécanismes de signalement et l'obligation de confidentialité pour le lanceur d'alerte. C'est ainsi le cas pour le marché intérieur avec un règlement de 2014 sur les abus de marché93, qui envisage la confidentialité pour le lanceur d'alerte mais aussi pour « *la personne physique qui est présumée avoir commis la violation* ». Le secret doit porter sur l'origine du dysfonctionnement. De façon intéressante, une incitation financière peut être prévue par l'Etat membre mais sans obligation. L'incitation financière est attribuée : « *aux personnes qui fournissent des informations pertinentes (...) lorsque ces personnes ne sont pas soumises à d'autres obligations légales ou contractuelles préexistantes de communiquer de telles informations, et à condition que ces informations soient nouvelles et qu'elles amènent à infliger une sanction administrative ou pénale ou à prendre une autre mesure administrative pour cause de violation du présent règlement* ». Du côté de la protection des lanceurs d'alerte, elle est prévue pour les travailleurs et *a minima* contre les discriminations ou toutes autres représailles. De plus, une directive d'exécution de 201594, vient préciser le fonctionnement de ce mécanisme de signalement pour ces d'abus de marché. La directive insiste sur la confidentialité du signalement et l'anonymat du lanceur d'alerte, y compris dans l'univers numérique. A ce sujet, le Parlement européen, dans un rapport de janvier 2017 regrette qu'il s'agisse de l'un des « *rares éléments de la législation sectorielle qui comprenne des dispositions pour les lanceurs d'alerte* »95.

Sur la qualité de lanceur d'alerte, le Comité économique et social européen indique, dans le cadre du marché des produits industriels, que les lanceurs d'alerte peuvent être des consommateurs, ou des organisations de consommateurs ou travailleurs qui sont « *tout à fait à même de jouer le rôle de lanceurs d'alertes sur les questions de santé et de sécurité* »96. Le Parlement européen définit d'ailleurs le lanceur d'alerte dans sa résolution d'octobre 2017 : « *toute personne qui signale ou révèle des informations d'intérêt général, y compris européen, concernant un acte illégal ou illicite, un acte qui constitue une menace ou un préjudice, qui menace ou lèse l'intérêt général, généralement, mais pas uniquement, dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou privé, dans le contexte d'une relation contractuelle ou dans celui de son activité syndicale ou associative; souligne que sont comprises les personnes qui sont étrangères à la relation traditionnelle employeur-salarié, telles que les consultants, contractants, stagiaires, bénévoles, étudiants,*

---

93 Règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014, *JOUE* n° L 173, 12 juin 2014, p. 1.

94 Directive d'exécution (UE) 2015/2392 de la Commission du 17 décembre 2015 relative au règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne le signalement aux autorités compétentes des violations potentielles ou réelles dudit règlement, *JOUE* n° L 332, 18 décembre 2015, p. 126.

95 Rapport du 20 janvier 2017 du PE sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, (2016/2055(INI)).

96 Avis du Comité économique et social européen sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen — « Une vision pour le marché intérieur des produits industriels » — COM(2014) 25 final 26 novembre 2014, points 4.8 et 4.18.

travailleurs temporaires et anciens salariés, qui détiennent la preuve de tels actes et ont des motifs raisonnables de croire que les informations divulguées sont véridiques »97.

En matière de concurrence, toujours domaine de compétence classique de l'Union européenne, la Commission a mis en place un nouvel outil de lancement d'alertes anonyme en mars 201798, déjà mentionné. L'objet est d'alerter sur les ententes secrètes avec une garantie d'anonymat, pour que les particuliers soient inclus dans la procédure. Le but étant d'augmenter les chances de détection et de poursuites et ainsi de dissuader les entreprises de s'engager dans une entente. Concrètement, l'anonymat est préservé par un système de messagerie cryptée qui permet de communiquer dans deux sens et notamment de demander à la Commission de répondre aux messages. Au niveau technique : « *Le service est géré par un prestataire de services extérieur spécialisé qui fait office d'intermédiaire et qui ne relaie que le contenu des messages reçus sans transmettre les métadonnées, qui pourraient être utilisées pour identifier la personne ayant fourni les renseignements* ».

Dans les domaines relatifs à la sécurité, deux mesures prévoient des signalements. Une directive de 2013 sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer pour les problèmes touchant à la sécurité et l'environnement99. Les Etats membres doivent désigner une autorité compétente pour recevoir ces signalements et que les employés des exploitants aient connaissance de la possibilité de signaler un dysfonctionnement de façon confidentielle. La seconde mesure est un règlement de 2014 concernant les comptes rendus, l'analyse et le suivi d'événements dans l'aviation civile100 et contient un article 6 qui s'intéresse à la collecte et au stockage d'informations reçues par les autorités compétentes désignées par les États membres. La confidentialité est prévue pour le notifiant et les personnes ciblées par l'information.

Ainsi, des mesures de protection et de réception des lanceurs d'alerte existent dans les réglementations de l'Union mais de façon très, trop, parcellaires. Cette situation ne semble pas satisfaisante pour garantir une pleine protection des lanceurs d'alerte et assurer une harmonisation de cette protection au sein de l'Union européenne.

---

97 Résolution du Parlement européen du 24 octobre 2017 sur les mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte qui divulguent, au nom de l'intérêt public, des informations confidentielles d'entreprises et d'organismes publics (2016/2224(INI), point 14.

98 Voir le communiqué de presse du 16 mars 2017, IP/17/591, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission présente un nouvel outil de lancement d'alertes anonymes ».

99 Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE* n° L 178, 28 juin 2013, p. 66.

100 Règlement (UE) n °376/2014 du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant les comptes rendus, l'analyse et le suivi d'événements dans l'aviation civile, modifiant le règlement (UE) n ° 996/2010 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2003/42/CE du Parlement européen et du Conseil et les règlements de la Commission (CE) n ° 1321/2007 et (CE) n ° 1330/2007, *JOUE* n° L 122, 24 avril 2014, p. 14.

III. La protection des lanceurs d'alerte comme élément des relations extérieures de l'Union européenne

Enfin, l'Union européenne envisage également la question de la protection des lanceurs d'alerte dans le cadre de sa politique extérieure. L'Union européenne établit des relations avec les Etats tiers à plusieurs titres, par des accords d'association en vue d'une éventuelle adhésion, dans le cadre de la politique européenne de voisinage ou encore par des accords de politique commerciale commune. Quel que soit le type de relation entretenue, l'Union européenne – par le biais de ses institutions – s'octroie un droit de regard sur la façon dont les Etats tiers protègent les lanceurs d'alerte. Par exemple, l'Albanie est candidate à l'adhésion à l'Union européenne et doit à ce titre remplir certaines conditions énumérées à l'article 49 TUE et respecter les règles de l'acquis « communautaire », au titre duquel ne peut pas figurer la protection des lanceurs d'alerte car la règle n'existe pas dans l'Union européenne. Cependant, l'Union européenne exige de ces Etats qu'ils aient adopté une législation protectrice, afin de parfaire leur système de lutte contre la corruption : « *L'Albanie a atteint un certain degré de préparation dans le domaine de la lutte contre la corruption. Une loi sur la protection des lanceurs d'alerte a été adoptée* »101, législation qui nécessite d'être consolidée, selon le Parlement européen102. Il en va de même pour la Serbie, Etat dont on peut suivre l'évolution. Dans un premier temps, la Commission estime que « *des textes législatifs clés doivent encore être adoptés, comme (...) la loi sur les lanceurs d'alerte* »103 ; puis le Parlement « *se félicite* » 104 de l'adoption de la loi du 25 novembre 2014 protégeant les lanceurs d'alerte pour enfin exhorter « *les autorités serbes à progresser dans la préparation d'une nouvelle législation relative aux lanceurs d'alerte, qui devrait donner confiance à ces derniers et les encourager à se manifester* »105. Dans le cadre de l'accord d'association avec la Moldavie, le Conseil indique à l'Etat qu'il doit adopter un cadre juridique efficace pour protéger les lanceurs d'alerte106, que le Conseil identifie comme une priorité à atteindre à court terme. La politique de libéralisation des visas de l'Union

---

101 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions Communication de 2016 sur la politique d'élargissement de l'UE, COM(2016) 715 final, 9 novembre 2016.

102 Résolution du Parlement européen du 30 avril 2015 sur le rapport de suivi 2014 concernant l'Albanie (2014/2951(RSP)), point 14.

103 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions Stratégie d'élargissement et principaux défis 2014-2015, COM(2014) 332 final, point 24.

104 Résolution du Parlement européen du 11 mars 2015 sur le rapport de suivi 2014 concernant la Serbie (2014/2949(RSP)), point 25.

105 Résolution du Parlement européen du 29 avril 2015 sur les rapports spéciaux de la Cour des comptes dans le cadre de la décharge de la Commission 2013, point 278.

106 Proposition conjointe de décision du Conseil relative à la position de l'Union au sein du conseil d'association institué par l'accord d'association entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs États membres, d'une part, et la République de Moldavie, d'autre part, en ce qui concerne l'adoption du programme d'association UE-République de Moldavie : 2017/08, point 2.

européenne donne encore l'occasion à l'organisation de s'intéresser aux législations nationales, ainsi pour la Géorgie, la Commission recommande « *de renforcer davantage la protection, dans la pratique, des lanceurs d'alertes en introduisant des règles et procédures garantissant la sécurité des personnes qui signalent des faits et de sensibiliser les fonctionnaires aux pratiques de signalement* »107. Cette recommandation intervient en mai 2015 et le rapport suivant, de décembre 2015, note l'adoption d'amendements permettant la protection de lanceurs d'alerte du secteur public ou privé108.

Mais l'Union européenne observe également les législations de ses Etats membres, la porte d'entrée étant cette fois-ci économique, par les programmes de stabilité, et la nécessité de lutter contre la corruption. Le Conseil a pu ainsi relever des failles dans la législation espagnole de protection des lanceurs d'alerte109 ou la faiblesse des dispositions d'encadrement lituaniennes110.

Ainsi, à défaut de réglementation par l'Union de la protection des lanceurs d'alerte, un encadrement dans l'Union existe, pour les alertes des fonctionnaires. Pourtant, l'Union européenne s'octroie un droit de regard sur les législations de ses Etats membres, comme des Etats tiers, en pointant du doigt les éventuelles défaillances nationales sur la protection des lanceurs d'alerte. La Commission semble prête à franchir le pas et proposer une réglementation générale en matière de protection des lanceurs d'alerte, surtout que le Parlement européen l'incite fortement à aller dans ce sens. Cependant, l'étude d'une telle législation reste embryonnaire, et son développement incertain.

*

I. Créer un environnement juridique favorable au lancement d'alerte

S'agissant de l'accès au statut de lanceur d'alerte, la recommandation précise que le cadre national normatif, institutionnel et judiciaire devrait être *« conçu et développé dans le but de faciliter les signalements et les révélations d'informations d'intérêt général »* et ce *« en établissant des règles destinées à protéger les droits et les intérêts des lanceurs d'alerte ;* et, s'il peut s'agir d'un *« acte législatif unique »*, ce n'est pas une obligation, le principal critère d'efficacité étant que les législations relatives à la protection des lanceurs d'alerte forme un

107 Troisième d'étape sur la mise en œuvre par la Géorgie du plan d'action concernant la libéralisation du régime des visas COM(2015) 199 final, 8 mai 2015.

108 Quatrième rapport d'étape sur la mise en œuvre par la Géorgie du plan d'action concernant la libéralisation du régime des visas, COM(2015) 684 final, 18 décembre 2015.

109 Recommandation du Conseil du 11 juillet 2017 concernant le programme national de réforme de l'Espagne pour 2017 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de l'Espagne pour 2017, point 9.

110 Recommandation du Conseil du 11 juillet 2017 concernant le programme national de réforme de la Lituanie pour 2017 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Lituanie pour 2017, point 18.

« tout complet et cohérent » (Recommand. de 2014, p. 7). Dans ce cadre, l'intérêt général devrait être défini comme incluant a minima *« les violations de la loi et des droits de l'homme, ainsi que les risques pour la santé et la sécurité publiques, et pour l'environnement ».*

Suivant une jurisprudence bien établie de la Cour, la recommandation préconise en outre que soient mis en place des *« voies clairement établies pour le signalement et la révélation d'informations d'intérêt général »*, à savoir *« le signalement interne au sein d'une organisation ou d'une entreprise »*, le signalement *« aux organes réglementaires publics, aux autorités de répression et aux organes de contrôle »* et enfin la *« révélation publique d'informations »* (Recommand. de 2014, p. 7) . La recommandation précise que ces trois voies de signalement ont vocation à être hiérarchisées (*Ibid.*). Cette hiérarchisation positionne, aux yeux de l'Assemblée parlementaire, *« la protection des lanceurs d'alerte comme un mécanisme de responsabilité démocratique »* car il s'agit, pour des raisons d'efficacité, que *« les individus fassent état de préoccupations au sujet d'actes répréhensibles ou de risques de préjudice auprès des personnes les plus proches du problème et de celles les mieux placées pour y remédier » (ibid.)* ce qui n'exclut pas, le cas échéant, de *« reconnaître et protéger les révélations d'informations à plus grande échelle ».*

La mise en conformité du droit français avec la recommandation de 2014 du Conseil de l'Europe implique par conséquent d'unifier et élargir les différentes définitions du lanceur d'alerte (A.) et de clarifier et unifier les canaux d'alerte (B.)

A)Unifier et élargir les différentes définitions du lanceur d'alerte

L'unification et l'élargissement des définitions du lanceur d'alerte doivent conduire à revoir tant le champ personnel et matériel d'application la notion de « lanceur d'alerte » (2.) et de réviser la notion, peu convaincante en l'état, de « bonne foi » du lanceur d'alerte (2.)

1. Champ matériel et personnel d'application de la notion de « lanceur d'alerte »

Par Jonathan Keller et Eva Philippe

L'on peut se féliciter que le champ matériel et personnel de protection des lanceurs d'alerte soit non seulement conforme, mais plus favorable que les recommandations du Conseil de l'Europe. En effet, l'article 6A de la loi précise qu'un lanceur d'alerte est *« une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. ».* Si

la définition adoptée ne marque pas par sa clarté et exclut de manière regrettable les personnes morales lanceuses d'alerte, il s'agit à l'heure actuelle de l'une des seules lois au monde étendant la protection des lanceurs d'alerte aux simples citoyens ou riverains.

Et, si la notion de « préjudice pour l'intérêt général » paraît quelque peu exotique en droit français et pécher par manque de précision la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière offre d'ores et déjà quelques pistes s'agissant de définir ce qui doit être conçu comme un « préjudice pour l'intérêt général ». Celle-ci considère notamment que les sanctions prises à l'encontre de magistrats ou de salariés d'organismes publics ou privés qui ont divulgué des informations « *que les citoyens ont un grand intérêt à voir publier ou divulguer* » constituent une violation à leur droit d'expression au sens de l'article 10 CEDH.
Parmi les informations que les citoyens ont un grand intérêt à voir divulguer – publiquement ou non - figurent notamment les *défaillances* dans la délivrance de soins par l'Etat[111], *le manque d'*indépendance de la justice[112], les abus de pouvoir commis par des hauts fonctionnaires[113], les comportements contraires à la déontologie des professionnels de santé[114], l'existence d'un programme illégal de surveillance des communications[115] ou encore la critique *du comportement de hauts fonctionnaires après un accident nucléaire*[116], *la dénonciation par un journaliste de la censure au sein d'une télévision publique*[117] et la mise en évidence des dangers des fours à micro-ondes[118].

S'agissant du champ personnel d'application de la notion, l'on peut regretter sans nul doute que la protection ne soit pas étendue aux personnes morales, potentiellement « lanceures d'alerte. Soulignons toutefois que celles-ci font d'ores et déjà l'objet d'une protection par le biais de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, ce qui peut permettre, au cas par cas, de combler cette lacune du champ de protection.

En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, relative à l'intérêt de la libre discussion de questions d'intérêt général a ouvert la voie à une protection des personnes divulguant des « informations sur des questions présentant un intérêt public légitime »119, ce qui inclut non seulement les journalistes120 mais également les chercheurs121, les organisations non gouvernementales et les porteurs d'un discours militant122, ce qui conduit de facto à accorder un niveau de protection très élevé aux alertes rendues publiques. Certes, la Cour a naturellement reconnu que « tout individu qui

---

111 Cour EDH, 5e Sect., 21 juillet 2011, *Heinish c. Allemagne*, req. n°28274/08.
112 Cour EDH, GC, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, n°14277/04.
113 *Cour EDH, 1e Sect., 26 février 2009, Kudeshkina c. Russie, n°*29492/05.
114 Cour EDH, 5e sect., 17 octobre 2011, *Sosinowska c. Pologne, n°*10247/09.
115 Cour EDH, 2e Sect., 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, n°40238/02.
116 Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, n°12697/03.
117 Cour EDH, 2e Sect., **21 octobre 2014,** *Matúz c. Hongrie*, **req. n°73571/10.**
118 Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, n°53440/99.
119 Cour EDH, 2 mai 2000, *Bergens Tidende c. Norvège*, Req. n° 26132/95, § 60.
120 Cour EDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, série A no 313, p. 19, § 38.
121 Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, req. n° 53440/99.
122 Cour EDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, précitée, §§ 89-90.

s'engage dans un débat public d'intérêt général (...) est tenu de ne pas dépasser certaines limites quant – notamment – au respect de la réputation et des droits d'autrui », mais n'a pas exclu le recours à « une certaine dose d'exagération, voire de provocation »123, ce qui l'a conduite à ne pas se montrer trop exigeante quant à l'authenticité des faits divulgués, en raison de l'effet dissuasif qu'aurait une telle exigence sur la liberté d'expression des donneurs d'alerte124.

En résumé, comme le souligne à juste titre Éric Paillissé125, la Cour n'exige en réalité qu'une « base factuelle suffisante »126 pour qu'un simple jugement de valeur relève de l'information d'intérêt général au sens de l'article 10 de la Convention127. À titre d'exemple, dans l'affaire *Heinisch c. Allemagne*, les juges ont estimé que le moyen tiré du caractère excessif et général des propos de la requérante était inopérant, dans la mesure où ceux-ci n'étaient « pas entièrement dépourvus de fondement factuel »128, le constat selon lequel les requérantes avaient « (...) des motifs raisonnables de croire qu'elles n'avaient pas été bien soignées »129 étant cruciale pour l'appréciation du caractère « nécessaire dans une société démocratique » de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression de celles-ci.

Or, le niveau d'exigence de la Cour à l'égard des requérants est proportionnel à l'atteinte susceptible d'être portée à un intérêt légitime consacré par la convention et une telle possibilité pour les lanceurs d'alerte de passer le test de « proportionnalité » susmentionné est doublement limitée. Limitée, celle-ci l'est en raison du fait que le droit d'alerter ainsi ouvert par la protection du discours journalistique ou militant n'a pas la même étendue pour l'ensemble de ses titulaires : il s'agit de protéger des personnes qui jouent un rôle de chien de garde de la démocratie en leur accordant une protection plus large de leur liberté d'expression, ce qui implique de faire, souvent, prévaloir une divulgation sur les intérêts concurrents et en particulier celui des organisations visées par l'alerte. Comme le souligne Dirk Voorhof, un journaliste, un fonctionnaire, un militant ou un employé d'une ONG ne devrait pas pouvoir être poursuivi ou sanctionné pour avoir enfreint une obligation de confidentialité ou pour avoir publié des documents obtenus de manière illégale130.

Soulignons de plus que le degré d'exigence à l'égard des lanceurs d'alerte personnes morales – principalement les ONG – en matière de bonne foi sera paradoxalement moindre que dans le cadre du régime instauré par la loi dite « Sapin II »

En effet, le courant jusisprudentiel sus-cité conduit à protéger les émetteurs de discours de nature militante ou politique,, y compris lorsque leurs positions sont minoritaires et prennent la forme d'un discours polémique. Or, cette protection de la diversité des débats est essentielle s'agissant de l'étendue du droit d'alerter le public car les informations

123 Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, req. n° 12697/03.
124 Cour EDH, 3e sect., 19 juin 2012, *Tanasoaica c/ Roumanie*, n° 3490/03, § 56.
125 Paillissé É., « Le droit à l'information, préalable essentiel au droit à l'autodétermination en matière sanitaire et environnementale. Etude de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », Revue des Droits de l'Homme n° 10, novembre 2016.
126Cour EDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, précitée, § 87.
127*Ibid.*
128Cour EDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08 § 85.
129Cour EDH, *Bergens Tidende c. Norvège*, précitée, § 54.
130 V. en ce sens, Cour EDH, Gr. Ch., 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, req. n° 29183/95 ; Cour EDH, *Radio Twist c. Slovaquie, req.* n° 62202/00 ; Cour EDH, 4e Sect., 7 juin 2007 *Dammann c. Suisse*, req. n° 1914/02 ; Cour EDH, 2e Sect., 28 juin 2011, *Pinto Coelho c. Portugal*, req. n° 28439/08.

contenues au sein d'une alerte *« ne feront pas toujours l'unanimité »*[131] et sont même susceptibles de heurter directement la sensibilité du public. Et, comme le souligne Francis Chateauraynaud, toute alerte engage *« une multiplicité de logiques d'action et de jugement et, notamment, la controverse, la polémique [...] le scandale »*[132] et la protection des controverses est essentielle pour que s'opère la trajectoire publique d'une alerte et que celle-ci parvienne à son terme. Ce droit n'est toutefois pas absolu. D'une part, il a connu, de manière récente, d'importantes limitations[133]. D'autre part, doivent être appréciés *« la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet de l'article, le comportement antérieur de la personne, le mode d'obtention des informations et leur véracité en enfin le contenu, la forme et les répercussions de la publication »*[134].

Cette protection d'un *« public »* abstrait supposé devoir faire preuve de *« pluralisme »*, de *« tolérance »* et d' *« ouverture d'esprit »*[135] a directement conduit la Cour à protéger des hypothèses d'alerte en faisant prévaloir l'intérêt public sur les intérêts économiques des organisations et des personnes publiques. Dans une affaire *« Hertel »* déjà citée, la Cour avait estimé, s'agissant d'une interdiction faite à un chercheur de publier un article sur les dangers des fours à micro-ondes, que *« la mesure en cause a [...] pour effet de censurer partiellement les travaux de ce dernier [le requérant] et de limiter grandement son aptitude à exposer publiquement une thèse qui a sa place dans un débat public dont l'existence ne peut être niée »*. Soulignant qu'*« il serait particulièrement excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises ». la Cour avait en conséquence estimé qu'une telle ingérence dans la liberté d'expression ne pouvait « passer pour nécessaire dans une société démocratique »136.* De la même manière, s'agissant de la critique par un élu et militant écologiste du comportement de hauts fonctionnaires après un accident nucléaire137, la Cour avait considéré d'une part que *« les propos tenus par le requérant relevaient de sujets d'intérêt général » et « s'inscrivaient d'ailleurs dans un débat public d'une extrême importance ».* Et, d'autre part, le requérant s'exprimait *« sans aucun doute en sa qualité d'élu et dans le cadre de son engagement écologiste, de sorte que ses propos relevaient de l'expression politique ou « militante » ».*

Une autre affaire, qui concernait la critique par voie de presse la gestion publique d'affaires de pollution des eaux d'un département est également emblématique du très large droit d'alerter qu'ouvre, de facto, la conception européenne de l'espace public. Dans cet arrêt,

---

[131]DUPISSON-GUINEHEUF, (M.), *Le droit d'alerter. Étude sur la protection de l'intégrité physique des personnes*, Thèse de droit privé, soutenue le 20 novembre 2013 à l'Université de Nantes, sous la direction du Pr Rafael Encinas de Munagorri, p.72

[132]CHATEAURAYNAUD (F.), « Les lanceurs d'alerte et la loi », *Experts* 83, p. 44-47

[133]Voir notamment : HERVIEU (N.), « Les funestes paradoxes européens de l'espace public verrouillé » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 juillet 2012

[134]Cour EDH, 19 septembre 2013, Von Hannover c. Allemagne, *Req.* n° 8772/10

[135]Cour EDH, Pl. 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72,

[136]Cour EDH, 25 août 1998, Hertel c. Suisse, req. N° 53440/99

[137]Cour EDH, 7 novembre 2006, Mamère C. France, req. n°12697/03

reconnaissant que le langage employé par le requérant était « provocateur » *et qu'il est vrai qu'un individu s'engageant dans un débat public d'intérêt public est tenu en principe de « de ne pas dépasser certaines limites quant, notamment, au respect de la réputation et des droits d'autrui »138, la Cour avait toutefois rappellé qu'il est « permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation139. T*outefois, si les allégations du requérant s'analysaient *« en des imputations de faits ou en des jugements de valeur »*, elles n'étaient pas « *dépourvues de base factuelle* » et,surtout,*« s'inscrivaient dans le contexte d'un débat d'intérêt pour la population »*[140] .Surtout, la cour fait référence de manière explicite, pour la première fois, à la légitimité de la diffusion d'une alerte au public, en relevant que *« Tel qu'il ressort d'une simple lecture de l'article litigieux, le requérant voulait tirer un signal d'alarme et informer la population du département de Dolj de la pollution des eaux par la société A. De l'avis de la Cour, cet épisode de pollution répondait à un intérêt public, important en l'occurrence ».* [141]

*

Une telle protection trouve toutefois ses limites dans les hypothèses dans lesquelles des requérants peuvent être amenés, pour obtenir une information aux fins de lancer l'alerte, à violer un droit de propriété intellectuelle consacré légalement. Jonathan Keller et Eva Philippe plaident, en ce sens, pour la mise en œuvre d'exceptions en faveur des lanceurs d'alerte « décompilant » des logiciels.

*

Du besoin d'octroyer un statut de lanceur d'alerte à la société civile décompilant illicitement des logiciels

Par Jonathan Keller, et Me Eva Philippe

Pour paraphraser Victor Hugo, rien ne serait plus puissant qu'une idée dont l'heure serait venue. L'actualité de ces cinq dernières années confirme cette intuition quant à l'emploi de données par les éditeurs de logiciels/plateformes. L'emploi du mode conditionnel n'est pas neutre. En effet, l'interaction des droits de propriété intellectuelle avec celui des données personnelles n'épuise pas le débat de la « loyauté » des éditeurs de logiciel et des données personnelles traitées[142]. De plus, la confrontation de ces deux branches du droit n'est pas abordée, en tant que telle, par les juridictions. La doctrine semble avoir ignoré ce thème du

[138]Cour EDH, 3e sect., 19 juin 2012, *Tanasoaica c/ Roumanie*, n° 3490/03, §52
[139]Idem, §53
[140]Id.
[141]Id.

[142] Dans ce sens voir notre thèse, LA NOTION D'AUTEUR DANS LE MONDE DES LOGICIELS, pp.917, soutenue le 21/06/2017, Université Paris Nanterre, sous la direction de M. F. PELLEGRINI et Mme S. PREUSS-LAUSSINOTTE, voir également P. BAUMARD et N. KOBEISSI, *L'algorithme et l'ordre public*, Arch. Phi. Droit, 2015, n°58, pp. 297-316, spéc. pp. 299-300.

droit gouvernant de plus en plus les rapports entre les éditeurs des logiciels et les consommateurs[143]. Un rappel du régime juridique applicable en la matière des créations logicielles est un préalable nécessaire avant d'établir, dans un second temps, le lien d'évidence avec celle des lanceurs d'alerte *stricto sensu*.

L'interaction entre les deux matières n'est pas évidente. En effet, les dispositions prévues par les lois relatives à la protection des lanceurs d'alerte, c'est-à-dire concrètement les lois n° 2016-1691[144] et n°2017-399[145], ne prévoient qu'un dispositif extrêmement restreint et extérieur à la problématique soulevée par la suite. Bien que l'article 6 de la première loi porte protège «*une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit (...) dont elle a eu personnellement connaissance.* », et hormis l'article 7 relatif à l'exonération de responsabilité du lanceur d'alerte ou l'article 9 instaurant une procédure graduée rendant licite le lancement de l'alerte, les articles ultérieurs semblent porter sur une relation subordonnée[146] se rapprochant de la loi étasunienne précurseuse[147]. La seconde loi est quant à elle davantage citée à titre illustratrice en imposant aux entreprises d'une taille conséquente[148] d'instaurer un « *plan de vigilance* » pour prévenir les atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement[149]. Dans le présent cadre légal, une certaine présomption de licité de l'accès à l'information fournissant le fondement de l'alerte semble être obligatoire. Formulée d'une autre façon, la protection du lanceur d'alerte contre la loi pénale entraîne donc une obligation à ce que la communication

---

[143] Nous devons par honnêteté intellectuelle souligner les rares écrits sur cette question, voir dans ce sens B. BARRAUD, *Le coup de data permanent*, RDLF 2017 chr. 35, disponible sur http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/le-coup-de-data-permanent-la-loi-des-algorithmes/ (dernière consultation le 02/02/2018), voir également L. GODEFROY, *Les algorithmes : quel statut juridique pour quelles responsabilités* , CCE, 11/2017, n°11, ét. 18.

[144] Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016, JORF n°0287 du 10/12/2016, texte n°2.

[145] Loi du 27 mars relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017, JORF n°0074 du 28/03/2017.

[146] Voir ainsi l'article 10 qui modifie le code du travail, l'article 12 qui ouvre les droits au lanceur d'alerte de saisir le conseil des prud'hommes, l'article 11 du code de justice administrative qui reprend ces principes en droit public, et l'article 15 modifiant le code de la défense.

[147] Loi du 30/07/2002 *An Act To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes*, Pub.L. 107-204 , 116 stat. 745, dite loi Sarbanes-Oxley. L'objet de cette loi avait pour objet de sécuriser les investissements dans les sociétés. La sécurisation entraîne, entre autres pour obligation, la protection des lanceurs d'alerte.

[148] Voir ainsi l'alinéa 1 de l'article 1 de la loi 2017-399 : « *Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance.* ».

[149] Voir ainsi les alinéas 2 et 3 de l'article 1 de la loi 2017-399 : « *Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle. (Al.3.) Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.* »

relative à une violation d'un « *un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général* » (article 6).

Or la proposition de la présente contribution est d'étendre, la protection du lanceur d'alerte à des tiers d'entreprises délictueuses/criminelles spécialisées dans les nouvelles technologies de l'information et de la communication, et plus spécifiquement au travers de la mise à disposition de logiciels. Ces entreprises dissimulent, comme nous le verrons, *a minima* des traitements de données personnelles illicites sources de discriminations des personnes concernées[150], *a maxima* constituent de réels dangers pour la société dans son ensemble[151] à travers de la protection par l'obscurité[152] accordée par la propriété intellectuelle. Concrètement, le logiciel est fourni à l'utilisateur final sous la forme d'un code exécutable, c'est-à-dire que celui-ci ne fait qu'utiliser le logiciel en fournissant que les données dans leur sens le plus large nécessaire à leur traitement. Ainsi, des traitements connexes sont possibles sans pour autant que l'utilisateur/personne concernée n'en soit informé(e) ou ne puisse s'y opposer. De tels traitements desservent des desseins contestables, parfois illicites[153]. Or tant qu'il n'existe aucun fait illicite avéré ou suspecté justifiant l'amorce d'une instruction judiciaire ou d'une action devant le juge, le rôle régulateur du droit est limité à sa plus simple expression.

Cette absence d'action en justice ne légitime pas l'intervention de l'expert, qui sans l'accréditation du juge accordée par les articles 263 et suivants du Code de Procédure Civile ou des articles 156 et suivants du Code de Procédure Pénale, ne peut que se contenter que d'une approche limitée de ce que fait en apparence le logiciel. Il ne s'agit donc que de la manifestation du droit d'analyse prévu par l'article L 122-6-1, III du CPI[154]. En effet, outre

---

[150] Voir dans ce sens CNIL, COMMENT PERMETTRE A L'HOMME DE GARDER LA MAIN – LES ENJEUX ETHIQUES DES ALGORITHMES ET DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE, 15/12/2017, disponible sur https://www.cnil.fr/fr/comment-permettre-lhomme-de-garder-la-main-rapport-sur-les-enjeux-ethiques-des-algorithmes-et-de (dernière consultation le 01/02/2018), pp. 80,

[151] Voir dans ce sens l'affaire Volkswagen, P. BAUMARD et N. KOBEISSI, *L'algorithme et l'ordre public*, note supra ; L. KRAMER, Le scandale Volkswagen : pollution de l'air et inertie administrative, RDUE 2016, n°2, pp. 265-290.

[152] Voir F. PELLEGRINI, S. CANEVET, DROIT DES LOGICIELS, note supra p. 255 § 318 « *c'est le cas de la protection par l'obscurité, très utilisée dans le domaine des formats de fichiers. Elle permet au concepteur d'un format fermé de retarder la réalisation de produits compatibles, en ne fournissant aucune information sur la façon dont les informations sont stockées au sein des fichiers.* ».

[153] Voir dans ce sens WIKIPEDIA, GREYBALL, disponible sur https://en.wikipedia.org/wiki/Greyball (dernière consultation le 28/02/2018).

[154] « *III. La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement ou la sécurité de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer* », pour une étude plus approfondie sur cette question voir H. BITAN, *l'autonomie des droits de décompilation et d'analyse*, MELANGES X. LINANT DE BELLEFONDS, Lexis Nexis, 2007, pp. 474 spéc. p.57-71.

des problématiques techniques, la propriété intellectuelle est appréhendée, et ce son absence de corporalité, comme une propriété sensible légitimant alors un accord du juge judiciaire pour encadrer l'intrusion de l'expert. Ce lourd formalisme offre donc à ces entreprises les moyens de se réfugier sous le voile protecteur de la propriété intellectuelle.

Certes un courant doctrinal minoritaire questionne cette protection légale en estimant celle-ci inadaptée par rapport à l'objet même de la protection. Ces auteurs jugent que de par son caractère utilitaire, le logiciel, ne serait pas une œuvre au de la propriété littéraire et ce, au mépris de l'article L 112-1 du Code de la Propriété Intellectuelle (« CPI » par la suite) qui exclut le genre comme critère d'élection à cette protection[155]. Ce « nouveau » discours n'en est pas un puisque des auteurs isolés contestaient déjà au lendemain de la loi du 3 juillet 1985 l'inscription du logiciel comme une œuvre de l'esprit[156] . Le débat s'est étoffé et s'est réactualisé par une jurisprudence de la CJUE, qui sous le prétexte des grandes libertés de circulation, dénature la propriété intellectuelle par le biais d'une harmonisation faite à marche forcée[157]. Initialement, la directive de 1991 relative à la protection des programmes d'ordinateur – œuvre utilitaire par essence – plaça cette protection sous la réserve d'exceptions propres au logiciel. Parmi ces exceptions spécifiques au droit d'auteur des logiciels, l'exception de décompilation à des fins d'interopérabilité doit être dénotée. Celle-ci offre à un utilisateur légitime le droit de « regarder sous le capot »[158] du logiciel pour faire interagir les données générées par le « moteur » avec un logiciel tiers. Néanmoins les conditions nécessaires pour se prévaloir de cette exception sont très strictes et ne sont orientées qu'à des seules fins concurrentielles.

Or la décompilation de logiciel en dehors de ces exceptions devient le symbole d'une désobéissance citoyenne qui se concrétise et qui s'organise[159]. Bien que cette dernière puisse parfois se prévaloir de victoires à l'encontre d'abus technologiques et/ou juridiques[160]. Il n'en demeure pas moins que des scandales informatiques se succèdent dans des thématiques relatives aux traitements informatiques. Face à ces scandales, les pouvoirs législatifs et exécutifs se drapent de toute leur vertu en déléguant leur absence d'implication sur une éventuelle intervention étatique à une Autorité Administrative Indépendante (« AAI » par la suite) dont le rôle serait de réguler ces questions. L'utilisation du mode conditionnel reflète l'inadéquation volontaire entre l'ambition politique affichée et les moyens mis à disposition à la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

---

[155] L 112-1 du CPI : « *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.* ».

[156] Dans ce sens voir P. GAUDRAT, *La protection des logiciels par le droit d'auteur*, RIDA 1988, n° 138 p. 77 puis du même auteur, *Forme numérique et propriété intellectuelle*, RTD Com. 2000 p. 910.

[157] Pour reprendre l'image de Mme V.-L. BENABOU, *Retour sur dix ans de jurisprudence de la CJUE en matière de PLA : les méthodes*, PI. 04/2012, n043 p. 140.

[158] Pour reprendre l'image formulée par M. VIVANT in *Ingénierie inverse, ingénierie perverse*, JCP E n°23, 06/06/1991, n°56 spéc. §2.

[159] Dans ce sens voir F. TREGUER, *Hackers vs. States : subversion repression and resistance in the online public sphere*, DROIT ET SOCIETE, 2015/3, n°91, pp. 639-652.

[160] CJUE 06 oct. 2015, C 362/14, Schrems c. Data protection commissioner

(« CNIL » par la suite). Cette dernière se voit dévoyée de plus en plus de compétences sans voir pourtant son arsenal financier, entendre par cela humain, et son arsenal juridique, les moyens mis à disposition pour ses inspections, augmentés. Certes d'aucuns argueraient que le Règlement Général pour la protection des Données Personnelles (RGDP)[161], ou sa transposition française[162], constituerai(en)t un remède suffisant. Deux réserves à une telle affirmation doivent être formulées.

La première réserve est que ce Règlement fut en gestation pendant plus d'une décennie. Cette lenteur s'explique par la participation de TOUTES les parties prenantes à l'élaboration de la norme unioniste. « TOUTES les parties prenantes » appréhendent également les entreprises de droit étasunien opérant – parfois indûment – sur le territoire européen. Une telle immixtion d'entreprises étrangères dans le processus européen mine ainsi les espoirs d'une protection réaliste des personnes concernées européennes au travers d'un lobbying assumé pour déformer un droit à la vie privée stricte en une « *privacy* » bien plus lâche et moins bien protégée.

La seconde réserve concerne l'objet du présent article. Bien que répondant à de nombreuses attentes, le RGDP n'a pas pour autant résolu la question de la confrontation entre les droits de propriété intellectuelle et le traitement des données personnelles. Certes, il eût été possible de déclarer que les deux matières sont intrinsèquement différentes et qu'une réglementation/disposition légale de l'une ne peut organiquement couvrir l'autre : la première porte sur la protection de l'exclusivité d'une création – droit fondamental, la seconde porte quant à elle sur la protection d'une intrusion dans un droit fondamental. L'objet est certes différent mais la balance des intérêts penche en faveur de la vie privée. Mais pour qu'une telle appréciation soit possible, encore faudrait-il savoir connaître les fonctionnalités du logiciel et déterminer la licité des traitements. Deux solutions sont alors possibles, une absence de contrôle en partant du principe que les sociétés commerciales éditant de telles solutions logicielles respectent leurs obligations légales, c'est-à-dire une expectative réelle de « loyauté » de leur part ; ou un contrôle antérieur du code source à toute distribution commerciale par des AAI étatiques sans moyen et en partant du principe que les éditeurs ne modifient pas ces codes après ledit contrôle.

Sans surprise aucune, les pouvoirs publics ont opté pour l'élaboration d'un nouveau concept juridique : la « loyauté ». Par cela, il faut entendre une obligation d'information à

---

[161] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE 04/05/2016 L 119/1, disponible sur **http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR**.

[162] Qui n'est, à l'heure de l'écriture de cet article, au stade de projet de loi sobrement baptisé comme le projet de loi relatif à la protection des données personnelles, n° 490, déposé le 13 décembre 2017 (mis en ligne le 14 décembre 2017.

l'utilisateur final quant aux finalités d'une plateforme[163]. Or avec la commercialisation de « *nouveaux moyens de communication* », la question de la licéité des traitements informatiques se pose pleinement de par les difficultés juridiques et techniques. Privilégier la logique économique et le développement économique aux données personnelles a toujours été purement assumée et conspuée[164], au point que ces manifestations de la vie privée[165] ne deviendraient qu'un avantage économique[166] ou une nouvelle forme de biens cessibles et monétisables[167].

En soi, le choix stratégique d'optimiser le commerce sur les droits fondamentaux est contestable mais il n'est que le reflet d'une volonté publique de privilégier l'essor d'une industrie nationale, à défaut d'européenne[168], reposant sur une absence de matière première avec une potentielle haute valeur concurrentielle. Cette haute valeur concurrentielle s'explique par les bas coûts de productions et des prix de revient élevés. En somme, et pour résumer, l'industrie logicielle constitue un espoir stratégique tant par la création d'emplois spécialisés que de contrebalancer l'omniprésence de sociétés informatiques étrangères dans notre société contemporaine. Cette volonté politique a justifié la stratégie de propriété intellectuelle employée[169]. Néanmoins, la stratégie n'est guère certaine et ses fruits ne sont pas encore suffisamment mures pour permettre une réelle définition générale.

La présente contribution se concentrera principalement autour de ce nouveau concept qu'est « *l'algorithme* ». Initialement, l'algorithme ne correspondait qu'à l'architecture du fonctionnement d'un logiciel[170], c'est-à-dire « *a series of steps undertaken in order to solve a*

---

[163] Article 19 de la loi pour une république numérique

[164] Voir C. BOWDEN, Les programmes de surveillances des Etats-Unis et leurs effets sur les droits fondamentaux des citoyens européens, Parlement Européen, Direction Générale des Politiques Internes, Liberté, Sécurité et Justice (LIBE), 2013, pp. 50, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/474405/IPOL-LIBE_NT(2013)474405_FR.pdf (dernière consultation le 26 décembre 2017).

[165] Voir dans ce sens l'arrêt de la CJUE C 362/14, voir également les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

[166] A. FREDOUELLE, *D. RAHAL-LOFSKOG : Le respect des données va devenir un avantage concurrentiel dans l'e-santé*, Journal du Net, 21/03/2016, disponible sur http://www.journaldunet.com/economie/sante/1175430-delia-rahal-lofskog-cnil/ (dernière consultation le 01/02/2018).

[167] Voir GENERATION LIBRE, MES DATA SONT A MOI, https://www.generationlibre.eu/data-a-moi/ (dernière consultation le 28/02/2018).

[168] Voir dans ce sens J.-M. QUATREPOINT, L'Europe en retard d'une guerre industrielle, Le Monde Diplomatique, Juin 2017, pp. 17-19, disponible sur https://www.monde-diplomatique.fr/2017/06/QUATREPOINT/57557 (dernière consultation le 01/02/2018).

[169] Voir sur l'interaction entre les besoins commerciaux et le droit de la propriété intellectuelle M.-A. FRISON-ROCHE, *L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation,* DROIT ET ECONOMIE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE, sous la direction de M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO, LGDJ, 2005, pp. 437, spéc. 15 et s. ; voir également infra I-A et les références citées.

[170] Dans ce sens voir Arrêté du 27/06/1989 sur l'enrichissement du vocabulaire information, JO 16/09/1986 p. 11725 « *l'étude de la résolution des problèmes par la mise en œuvre de suites d'opérations élémentaires selon un processus défini aboutissant à une solution* », voir F. IVANIER, *Logiciel, les conditions d'un accès réussi au code source*, Expertises, n°383, 10/2012, pp. 334 et s. « *la description des structures de programmation*

particular problem or accomplish a defined outcome »[171]. Cet algorithme est donc une partie intégrante du logiciel, voire son code ADN. Par conséquent, nulle surprise que celui-ci soit encodé directement dans le code source[172] avant d'être compilé[173] pour être exécuté en code objet[174]. Pour en revenir au strict objet de notre étude, cette question n'était pas problématique avant l'avènement de l'informatique dans les nuages[175] - c'est-à-dire une émulation du logiciel depuis les serveurs de l'éditeur et non plus depuis du poste de travail de l'utilisateur – propriété/possession exclusive de l'utilisateur. Le logiciel est alors totalement dématérialisé et l'utilisateur ne dispose plus que d'un d'accès distant que celui-ci soit permis par son navigateur ou d'une « app » présente sur son téléphone mobile. La possession d'un support sur lequel le logiciel serait aussi installé permettait, dans la théorie tout du moins, d'opérer les exceptions prévues par l'article L 122-6-1 du CPI, c'est-à-dire - entre autres rares prérogatives- l'exercice droit de décompilation du logiciel licitement licencié à des fins d'interopérabilité.

Mais cette possession, manifestée par l'installation du logiciel, permettait surtout un contrôle précaire sur les données générées par l'utilisateur, là où la dépossession totale du logiciel annihile entièrement tout espoir de contrôle sur les données générées mais surtout sur les données illicitement captées par le logiciel distant. Ces données sont collectées, agrégées et interprétées collectivement – devenant ainsi des données qualifiées - faisant ainsi émerger ce que la pratique – puis la doctrine – ont appelé le *Big Data*[176]. De ces

---

(incluant les algorithmes, c'est-à-dire les formules mathématiques révélant la logique du programme ainsi que les organigrammes) ; F.PELLEGRINI et S. CANEVET, LE DROIT DES LOGICIELS. p. 98 § 116. « *description de suite d'étapes à réaliser pour effectuer un calcul et parvenir à un résultat déterminé à partir de données fournies en entrée. Le résultat de ce calcul est purement arithmétique.* », voir CNIL, COMMENT PERMETTRE A L'HOMME DE GARDER LA MAIN, voir note supra, spéc. p. 17 « *un algorithme est la description d'une suite finie et non ambigüe d'étapes (ou d'instructions) permettant d'obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée. Par exemple, une recette de cuisine est un algorithme, permettant d'obtenir un plat à partir de ses ingrédients. L'existence d'algorithmes utilisés pour résoudre des équations est d'ailleurs attestée très anciennement, dès le IIIe millénaire en Mésopotamie babylonienne.* ». Voir également, J. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E. FELTEN, J. REIDENBERG, D. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, University of Pennsylvania Law Review, 2017, Vol. 165, 633-705, spéc. pp.640-641, disponible sur http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol165/iss3/3/ (dernière consultation le 01/02/2018) qui font un état doctrinal – proche de la définition traditionnelle -de ce que serait un algorithme.

[171] N. DIAKOPOULOS, *Algorithmic accountability*, Journalistic investigation of computational power structures, 3 Digital Journalism, 2015 cité par J. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E. FELTEN, J. REIDENBERG, D. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, spéc. 641, note de bas de page 15.

[172] C'est-à-dire le code écrit et lisible par un humain dans un langage de programmation spécifique, voir notre thèse et l'état de l'art de la doctrine française §§22-24.

[173] L'action de compilation se fait par un logiciel spécifiquement dédié à cette tâche. Basiquement et en principe, cette traduction d'un langage formel en langage binaire est faite pour que l'ordinateur puisse comprendre et ainsi exécuter les actions décrites en langage formel par le programmeur. Une fois compilé, le logiciel est susceptible d'être directement exécutable par l'utilisateur final.

[174] C'est-à-dire que le code est sous forme binaire standard pour être exécuté par tout processeur compatible.

[175] Voir notre thèse Partie II Chapitre 2.

[176] P. OHM, *Broken Promises of Privacy : responding to the suprising failure of anomization*, 57 UCLA Law Review, 2010 p. 1702 et pour la question que pose le Cloud Computing voir M.-C. ROCQUES-BONNET, *Cloud computing : les actions de la CNIL démontrant l'existence d'un nouveau mode de régulation*, Perspectives Dossier spécial Contrats et Cloud computing, RLDI 2013, L. GODEFROY, *Pour un droit du*

données captées en temps réel à des fins d'analyses ultérieures, les grandes entreprises ressortissantes d'Etats tiers entraînent leurs intelligences artificielles pour obtenir des modèles prédictifs répondant mieux aux besoins de leurs consommateurs – qui ne sont pas toujours les personnes concernées - utilisatrices des logiciels collecteurs de données. Or ces données influent directement sur le logiciel en offrant à celui-ci les moyens d'évoluer et de se corriger. Et c'est ce raccourci terminologique qu'a effectué les pouvoirs publics en baptisant d' « algorithme », l'influence des données sur l'évolution du logiciel émulé à distance. Un algorithme est et reste un logiciel influencé par des données, mais il n'en demeure pas moins un logiciel distant soumis *a priori* tant aux dispositions de la loi pour la confiance dans l'économie numérique[177] -c'est-à-dire concrètement les dispositions prévues par le code des postes et des communications électroniques- qu'aux dispositions propres aux logiciels telles que prévues par le code de la propriété intellectuelle.

Pour résumer, un utilisateur d'un logiciel utilise ledit logiciel distant en y intégrant sur un terminal quelconque ses données. Cette utilisation transfère donc ces données sur les serveurs de l'éditeur du logiciel qui les intègre dans une base centrale de données à des « fins d'optimisation du service ». Ces données sont ainsi traitées à la fois pour rendre un service optimal à l'utilisateur, l'encourageant ainsi à continuer à utiliser le logiciel, mais ces données sont également utilisées comme correcteur du service, pour les utilisateurs tiers, ou comme indicateur sociologique pour déterminer des tendances. Ainsi sous le couvert d'une utilisation personnalisée, le traitement d'une pluralité de données personnelles par le logiciel entraîne pour conséquence directe un correctif du service de celui-ci à l'ensemble des utilisateurs. Ainsi on passe d'un logiciel « classique » procédant linéairement des données – c'est-à-dire que le logiciel traite de manière uniforme une donnée statique– à un logiciel « dynamique » qui intègre une pluralité de sources données fournies par une pluralité d'acteurs, dont des consommateurs, et le traitement collectif de tous ces jeux de données entraîne une évolution du logiciel pour fournir une réponse personnalisée et raffinée. Et ce logiciel dynamique que la pratique appelle « l'algorithme prédictif » devient

---

traitement des données par les algorithmes prédictifs dans le commerce électronique, D. 2016 p. 418 et s. Voir également B. BARRAUD, *Le coup de data permanent : la loi des algorithmes*, RDLF 2017, Chr.n°35 disponible sur http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/le-coup-de-data-permanent-la-loi-des-algorithmes/ (dernière consultation le 01/02/2018) *« Aujourd'hui, les algorithmes produisent des résultats de plus en plus précis et satisfaisants grâce au data mining (ensemble d'outils d'exploration et d'analyse des données visant à en extraire les informations les plus significatives), aux progrès du traitement du langage naturel et à l'apprentissage automatique (machine learning et techniques d'apprentissage profond inspirées de la biologie et des réseaux neuronaux interconnectés). Ainsi les algorithmes peuvent-ils se perfectionner par eux-mêmes au fur et à mesure qu'ils sont utilisés, sans intervention humaine. En résumé, plus ils répondent à des questions et tirent les conséquences de leurs éventuelles erreurs, moins ils se tromperont à l'avenir. En permanence, ils ajustent les paramètres de leurs modèles à l'aune des opérations précédentes. Ils apprennent par rapprochements successifs, en dégageant des corrélations. Le qualitatif suit ainsi le quantitatif. Ensuite, si les algorithmes sont de plus en plus omniprésents, ce phénomène va de pair avec l'expansion du big data, avec l'explosion de la production de données ».*

[177] Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143 du 22 juin 2004 page 11168 texte n° 2.

source d'espoirs mais également d'inquiétudes. Mais quel que soit le terme à la mode, l'algorithme reste et demeure un logiciel.

Ainsi dans le cadre *stricto sensu* des traitements de données à caractère personnel, il eût été souhaitable de croire que la CNIL se saisisse du problème et exige un respect desdits traitements – et pour rendre justice à cette AAI, elle l'a fait du mieux que le droit le lui permettait. Mais c'était sans compter sur la double barrière formée à la fois par le secret et par le droit exclusif qu'est la propriété intellectuelle. Les champs du droit étant distincts, aucune exception relative aux données personnelles n'est incluse dans la propriété intellectuelle. En effet, le droit de la propriété intellectuelle a pour objectif de récompenser au travers d'une exclusivité temporaire un créateur pour sa création avant que ladite création ne soit accessible à tout à chacun. Afin d'éviter que le créateur ne soit découragé du fait de conjonctures politiques et sociales, la propriété intellectuelle est relativement neutre[178] quant à la destination finale de la création. Or cette neutralité relative est nécessaire pour éviter de voir le juge devenir censeur limitant la liberté de création, sous-catégorie de la libération d'expression et par conséquent constituer une limite au progrès technique et social.

Toutefois faire primer l'absolutisme de la propriété intellectuelle sur les droits et libertés fondamentaux sans contre-pouvoir réel ne peut qu'amener à créer un rapport de force au seul avantage des éditeurs. Pour l'instant la plupart des scandales proviennent de lanceurs d'alerte de ces entreprises qui essaient de sensibiliser le grand public aux dérives de cette industrie. Certes, il serait possible d'objecter en déclarant qu'*a priori* une expertise judiciaire ordonnée par un juge sur le fondement des articles 232 et suivants du Code de Procédure civil ou des articles 156 du Code de Procédure Pénale révélerait le caractère délictueux de l'usage illicite des données à caractère personnel, par exemple, mais encore faudrait-il qu'une personne dispose de l'information permettant d'attraire l'éditeur devant un tribunal. C'est à ce niveau que le bât blesse puisque le détournement ou l'utilisation illicite des données à caractère personnel à des fins autres que celui qui est expressément autorisé n'est possible qu'à partir du moment où celui-ci est signalé. Nous nous retrouvons ainsi dans un cercle vicieux où la constatation de l'acte délictueux ne dépend en fin de compte que d'une pluralité d'éléments conjoncturels internes à l'entreprise. Ainsi dans la mesure où les autorités publiques institutionnelles, réglementaires ou de conformité ne disposent de contrôle *a priori* sur la création logicielle/algorithmique et que les éditeurs profitent de la liberté accordée par la loi tout en restreignant l'utilisation par le jeu du contrat, l'utilisateur s'en trouve totalement désarmé. Or c'est à ce niveau où le contre-pouvoir associatif, manifestation de la société civile, se devrait d'apparaître et à qui une place réelle devrait accordée pour rééquilibrer le rapport de force. Le droit de la propriété intellectuelle

[178] Cette neutralité est en effet relative car tant la propriété littéraire et artistique est extrêmement accueillante, que la propriété industrielle impose le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs au travers de l'article L 611-17 du CPI dont la sanction est le rejet de la protection par le brevet. Néanmoins, la jurisprudence relative à cet article est relativement fluctuante.

applicable au logiciel doit donc faire l'objet d'un aménagement légal afin de souffrir d'exception à des fins d'intérêt général ou tout du moins qui suscite le débat publique. C'est pour cela que dans un premier temps, l'étude de l'interaction entre logiciel et la propriété intellectuelle sera faite en soulignant que les rares adaptations faites sont accordées non pas au public mais aux concurrents (I). Dans un second temps, nos propos se recentreront autour de l'interaction entre les lanceurs d'alerte et le droit de la propriété intellectuelle pour démontrer que les divulgations de code effectuées par des « hackers » peuvent être réprimées sans pour autant constituer une preuve suffisante à une instance judiciaire (II).

I. La problématique qualification du logiciel comme œuvre de l'esprit

La confrontation entre le droit d'auteur des logiciels et le droit des données personnelles est, quoi qu'en disent la doctrine, une nouvelle problématique. Traditionnellement ces deux droits sont mis en opposition pour la détection de confrontation[179], là où notre propos s'intéresse davantage à la collecte et au traitement des données personnelles de l'utilisateur par l'éditeur du logiciel. Le paradigme est complètement différent.

Certes le second droit a été créé initialement pour réguler l'utilisation de l'outil informatique permettant aux administrations publiques de faire des rapprochements des administrés[180]. Certes également, le premier droit découle de la liberté de création qui énonce la « *capacité de matérialiser, sans contrainte, une ou plusieurs œuvres, de formes diverses dans un domaine artistique* »[181]. Deux limites structurelles apparaissent immédiatement à l'application de cette définition au logiciel. Tout d'abord, le logiciel n'est pas une œuvre relevant du domaine artistique[182] mais est, avant tout, un atout économique dont la qualification réelle, et non juridique, devrait être discutée[183] (A). En effet, tant le droit d'auteur est adapté pour une protection des œuvres « traditionnelles », quand bien

---

[179] Voir CJUE 29 janv. 2008, C 275/06, Promusicae c. Telefonica.

[180] Dans ce sens voir P. SAMUELSON, *Privacy as Intellectual Property*, 52 Stan. L Rev. 1125 (1999), « *European have more a civil libertarian perspective on personal data protection in part of certain historical experiences they have had. One factor that enabled the Nazis to efficiently round up, transport and seize assets of Jews (and others they viewed as "undesirables") was the extensive repositiories of personal data available not only from the public sector but also from private sector* », Voir également D. H. FLAHERTY, PROTECTING PRIVACY IN SURVEILLANCE SOCIETES, 1989 « *European data protection laws include the hidden agenda of discouraging a recurrence of the Nazi and Gestapo efforts to control the population and so seek to prevent the reappearance of an oppressive bureaucracy that might use existing data for nefarious purposes. This concern is such a vital foundation of current legislation that is rarely expressed in formal discussions. This helps to explain the general European preference for strict licensing systems of data protection.* ».

[181] Citation de P. MOURON, *La liberté de création artistique au sens de la loi du 7 juillet 2016*, Revue des droits et libertés fondamentaux, 2017, chron. 30, disponible sur http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-liberte-de-creation-artistique-au-sens-de-la-loi-du-7-juillet-2016/ (dernière consultation le 28/12/2017).

[182] Voir notre thèse, J. KELLER, LA NOTION D'AUTEUR DANS LE MONDE DES LOGICIELS, sous la direction de M. F. PELLEGRINI et S. PREUSS-LAUSSINOTTE, soutenue le 21/06/2017, pp. 937, spéc. p.138 §270.

[183] Voir dans ce sens F. SARDAIN, O. FREGUET, S. LEMARCHAND, *Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence*, P.I. 01/2003, n°6, pp.11-23.

même celles-ci appellent à une adaptation du droit d'auteur du fait des nouvelles méthodes de distribution, que le droit d'auteur des logiciels ne permet qu'une protection conjoncturelle de ce type de création. Les critiques jadis soulevées peuvent être réactualisées aujourd'hui de par les modalités offertes à l'éditeur de protéger sa création (B).

A) l'obstacle déraisonné du droit d'auteur des logiciels

Le choix du droit d'auteur des logiciels par le droit français, puis européen, a été purement conjoncturel[184]. Alliant le mimétisme juridique à une volonté d'éviter à tout prix le brevet sur les logiciels, cette protection a été initialement justifiée pour faciliter la protection à un nouveau type d'« *œuvre* » (1°). Or comme le rappelle ostensiblement la doctrine, le droit d'auteur a une double finalité : la protection individuelle des droits pécuniaires et des droits moraux auteurs – et cette finalité est respectée – tout en permettant en contrepartie un droit collectif du public d'y accéder[185] gratuitement ou à titre onéreux. Dans cette dernière hypothèse, cet accès devrait alors être tempéré par le jeu des exceptions (2).

1) une protection inadaptée au logiciel

La soumission du logiciel à la protection par le droit d'auteur n'a été en fin de compte faite que pour faciliter le développement de l'industrie européenne du logiciel. Or cette finalité justifie la dénaturation des droits du droit d'auteur et par conséquent l'affaiblissement du droit des consommateurs. La condition de la mise en forme d'une idée originale traduisant « *l'empreinte de la personnalité* »[186] laisse place à un outil relevant prétendument d'« *effort personnalisé* »[187]. La reconnaissance prétorienne puis légale du logiciel comme création de l'esprit fait glisser la logique de la propriété littéraire et artistique vers un droit purement industriel. L'octroi d'un droit intellectuel sur un bien immatériel entraînerait en toute logique l'exclusion des autres droits.

---

[184] Voir la thèse de Jonathan KELLER, note supra, spéc. p.115, §211.

[185] P. MOURON, *La liberté de création artistique au sens de la loi du 7 juillet 2016*, note supra, « *C'est là la caractéristique essentielle de la liberté de création artistique que de pouvoir être conçue de deux façons : d'une part, comme un droit individuel de l'artiste créateur et/ou interprète ; d'autre part, comme un droit collectif du public de prendre part à la vie culturelle.* » ; voir dans ce sens l'article 1, Section 8, clause 8 de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique qui justifie la propriété intellectuelle comme ayant pour objet de « *To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.* », voir dans ce sens également la Cour suprême Eldred v. Ashcroft, 537 US 186 (2003) spéc. §189 « *whereby Congress grants the author of an original work an "exclusive Right" for a "limited Tim[e]" in exchange for a dedication to the public thereafter.* »

[186] MM. LUCAS et Mme LUCAS-SCHLOETTER relèvent, in TRAITE DE LA PLA spéc. p.119 § 109, la pluralité des formules employées par les cours du fond oscillant de « *l'empreinte personnelle* » (CA Pars, 01/04/1957) à « *l'empreinte émotionnelle personnelle* » (TGI Nanterre, 10/03/1993) en passant par « *l'empreinte du talent créateur personnel* » Cass.Civ 1ere, 13/11/1973) et autres « *sceau de la personnalité de l'auteur* » (TGI Paris 3eme 21/01/1977).

[187] Cass. A.P. *Williams Electroncis Inc C. Presoot ; Soc. Atari Irelad Ltd* et autres c. Valadon et Autres ; *Babolat Maillot Witt (BMW) c. Pachot*, Conclusions par J. CABANNES, D. 1986 juris. p. 405.

Le changement de logique propre à la propriété littéraire et artistique fut âprement discuté par la doctrine à l'aube de la loi n°85-660 du 3 juillet 1985[188]. Le paradigme passa d'une protection par la divulgation d'une œuvre artistique à un public donné à celle d'une mise à disposition d'un logiciel à un utilisateur légitime. Cette question réapparut lors l'adoption de la directive de 1991 concernant la protection des programmes d'ordinateur[189]. Les reproches se fondaient sur l'insertion du logiciel comme œuvre altère le droit d'auteur en une logique de propriété industrielle allégée.

Rappelons que la question d'un droit de propriété intellectuelle autonome sur les logiciels, c'est-à-dire de-corrélé du matériel l'intégrant, se fit suite à la saga judiciaire IBM initiée aux Etats-Unis entre 1973 et 1982[190]. Cette action anticoncurrentielle entraîna la scission du matériel avec le logiciel qualifiant celui-ci de réellement immatériel. Cet immatérialisme entraîna donc la recherche par les praticiens de solutions protectives plus adaptées et plus efficaces que le simple outil contractuel. La protection juridique des logiciels se faisait[191] jusqu'alors par le recours aux secrets d'affaires. Concomitamment, la *Commission on Technological Uses of Copyright Works*[192] proposa l'application du *Copyright* au logiciel[193]. Proposition qui fut mise en branle par la loi de du 12 décembre 1980 suivie par l'arrêt Apple v. Franklin rendu par une cour d'appel fédérale[194]. Cette prise de position se justifia sur une assimilation du code source avec un écrit littéraire[195].
Or, en France, c'est ce point précis qu'une partie de la doctrine « traditionnaliste » française s'insurgea[196] rappelant que l'œuvre littéraire et artistique accepte, certes des « objets hétéroclites »[197] - parfois qualifiées de « petites monnaies »[198], mais que l'œuvre en elle-

---

[188] Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, JO du 04/07/1985, page 07495.

[189] Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.U.E. n° L 122 du 17/05/1991 p. 0042 – 0046, modifiée par la Directive 2009/24/CE* du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (version codifiée) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

[190] Voir dans ce sens L. KERJAN, Antitrust laws : The IBM and A&T cases, Revue française d'études américaines, n°35, 02/1998, pp. 98-102, disponible http://www.persee.fr/docAsPDF/rfea_0397-7870_1988_num_35_1_1304.pdf (dernière consultation le 29/12/2012).

[191] Et comme nous le verrons se fait encore, dans une certaine mesure, au travers du secret des affaires.

[192] L'équivalent étasunien du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique.

[193] Dans le célèbre rapport FINAL REPORT OF THE NATIONAL COMMISSION OF NEW TECHNOLOGICAL USES OF COPYRIGHTED WORKS, 31 juillet 1978, disponible sur http://digital-law-online.info/CONTU/PDF/index.html (dernière consultation le 29/12/2018).

[194] En l'occurrence Apple v. Franklin, 14 F.2d 1240 (3d Circ. 1983), 30/08/1983.

[195] « *An argument commonly made in support of the copyrightability of computer program is that they are just like ordinary printed (...) list of instructions for mechanical work. The computer report calls programs forms of writing which "consist of set of instruction" (...). Printed instruction explain how to do something; programs are able to do it.* ».

[196] Voir ainsi les écrits de P. GAUDRAT, *La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique,* RIDA 04/1985, pp. 76-285, spéc. 87 « *Les langages de programmation, en dépit de la métaphore, sont moins des vecteurs de communication entre personnes que des modalités électroniques d'exécution de la pensée. Ceci tient à ce que les langages les plus évolués comme les plus élémentaires consistent dans une équivalence rigoureuse – mais plus ou moins provocatrice à l'esprit de l'opérateur – avec le code binaire fondement du langage de programmation. Le degré d'élaboration n'en modifie pas la nature.* »

[197] P. GAUDRAT, *La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique,* id. spéc. p. 75.

même est toujours accessible au public, là où le logiciel – création utilitaire – n'offre qu'un accès, lorsque offert[199], au seul résultat à son utilisateur. Formulée d'une autre façon, l'œuvre littéraire/artistique suscite des sentiments directs par son interprétation/lecture/appréciation, là où la création logicielle ne se contente que d'exécuter des résultats. Ainsi, d'après cette doctrine, la divulgation de la création logicielle n'aurait pas eu lieu. De plus, et même si le numérique est assimilable à une révolution industrielle, une œuvre artistique est par essence passive quant à l'utilisation qui en est faite par le public destinataire, là où le logiciel s'avère, lui, actif dans la collecte de données personnelles.

Le choix du droit d'auteur est le résultat de la volonté catégorique d'éviter la cristallisation de l'innovation par la protection du brevet quitte à déformer la protection d'accueil[200]. Ce refus est consacré tant au niveau européen[201] qu'au niveau français[202]. Cette consécration n'empêcha guère l'Office Européen des Brevets de développer une jurisprudence interprétant largement cette interdiction pour tout de même octroyer la protection du brevet au logiciel[203]. Cette protection est, théoriquement[204], destinée pour la fonction du logiciel, c'est-à-dire les tâches qu'il exécute. Ainsi pour paraphraser M. le maître de conférences MACREZ, l'éditeur de logiciel jouit d'un panel de protections juridiques lui permettant d'assurer son exclusivité sur sa création[205]. Ainsi, la protection est faite, sous réserve des conditions respectivement posées par chaque régime de protection, par le droit d'auteur pour la forme, le droit des brevets pour la fonction, le contrat de licence liant

---

[198] Voir M. VIVANT,

[199] Voir infra II, A.

[200] L. PFISTER, HISTOIRE DU DROIT D'AUTEUR, J-CL. PLA, Fasc. 1110, §94 « *Mais l'irruption du logiciel représente sûrement la manifestation la plus topique de la crise (de la dépersonnalisation de l'oeuvre). Le logiciel est protégé par le droit d'auteur depuis la loi de 1985. Il s'agit là d'une protection par défaut -celle du brevet d'invention étant jugée inopportune- des investissements que nécessite la production d'un moyen d'utiliser des machines. Autant dire que le rapport du logiciel avec la conception personnaliste de l'oeuvre est inexistant* », dans ce sens voir M. VIVANT, *Informatique et propriété intellectuelle*, JCP E, 1985, 14382, spéc. p. 3 § 10 ; voir également C. LE STANC, *la protection juridique des logiciels* : cah. dr. Entr. 1984 3 p. 15, J.-L. GOUTAL, *Logiciel : l'éternel retour*, in MELANGES FRANCON, pp. 217-223.

[201] Article 52 de la Convention de Munich sur le brevet européen du 05 octobre 1973 « (1) *Les brevets européens sont délivrés pour toute invention dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. (2) Ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment : a) les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ; b) les créations esthétiques ; c) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur ; d) les présentations d'informations. (3) Le paragraphe 2 n'exclut la brevetabilité des éléments qu'il énumère que dans la mesure où la demande de brevet européen ou le brevet européen concerne l'un de ces éléments, considéré* ***en tant que tel.*** ».

[202] Voir dans ce sens l'article L 611-10 du Code de Propriété Intellectuelle (« **CPI** » par la suite) qui est la transposition de la Convention mentionnée dans la note précédente.

[203] Jurisprudence initiée par l'arrêt IBM (CRT OEB, 05/10/1988, JO OEB, 1990, p. 12).

[204] Puisque la question de la confrontation des cumuls de droits de propriété intellectuelle sur un même logiciel n'a jamais été posée devant une cour.

[205] F. MACREZ, *Logiciel : le cumulard de la propriété intellectuelle* in L'ARTICULATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE (sous la direction de J.-M. BRUGUIERE), Dalloz 2007, pp.146, spéc. p.47-63, disponible sur http://franckmacrez.online.fr/wp-content/uploads/DALLOZ_4.Macrez_Final.pdf (dernière consultation le 02/01/2018).

l'éditeur à l'utilisateur. Tout en sachant que, outre la possibilité de créer une clause de confidentialité sur les secrets commerciaux contenus dans un logiciel, l'outil contractuel vient en renfort en cas d'échec de protection[206]. Reformulons la phrase précédente, l'utilisation d'une création immatérielle (logiciel) protégée par un droit intellectuel (droit d'auteur/droit des brevets) est obligatoirement soumise à une autorisation (la licence) qui définit le périmètre de cette autorisation tout en étant supplétif en cas de défaut de ce droit intellectuel. Pour résumer, le contrat prime sur le droit *stricto sensu*.

2) une protection contractuelle complémentaire à la protection légale

Cette protection par le jeu du contrat s'explique par la prérogative réservée à l'éditeur d'un logiciel de se réserver l'exclusivité de certains de ses droits patrimoniaux par l'outil contractuel[207]. Prérogative qui s'avère intéressante à deux égards. Le premier égard est évidemment la nécessité que toute utilisation d'un logiciel par un utilisateur soit encadrée. Le second est que l'octroi d'une telle prérogative repose et maintient, surtout, sur une protection par l'obscurité – c'est-à-dire que le code du logiciel n'est pas principe disponible à l'utilisateur[208]. Non sans brio, MM. SARDAIN, LEMARCHAND et FREGET démontrent que les produits mis en circulation dans l'économie de l'information reposent sur le secret, logique étrangère aux droits de la propriété intellectuelle et excluant ainsi l'utilisateur/public/consommateur de toute étude dudit logiciel.

Cette exclusion est d'autant plus prononcée par l'emploi de l'outil contractuel. L'un des principes généraux du droit de la propriété littéraire et artistique français est le refus de la licence implicite[209]. Ce principe cumulé avec les dispositions de l'article L 122-6 du CPI contraignit alors l'éditeur à adjoindre une protection contractuelle « fictive » à la protection légale « naturelle ». Outre la seule préservation de l'exclusivité et du secret, l'adjonction du contrat à la création offrit également un fondement juridique pour optimiser le contrôle du titulaire des droits de propriété intellectuelle sur la création logicielle.

---

[206] Voir dans ce sens l'arrêt 30/14 rendu par la CJUE le 15/01/2015 qui accepta la reconnaissance d'une exclusivité par le biais du contrat sur une base de données ne répondant aux critères d'éligibilité au droit des bases de données.

[207] L 122-6-1 du CPI : « *I. Les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs. (2nd alinéa) Toutefois, l'auteur est habilité à se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6, nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser.* ». L'article L 122-6 du CPI définit le droit de reproduction applicable au logiciel.

[208] Voir infra I.B.1.

[209] M. BEURSKENS, P. KAMOCKI, E. KETZAN, *Les autorisations tacites – une révolution silencieuse en droit d'auteur numérique. Perspectives étasunienne, allemande et française,* RIDA 2013, n°238, pp. 2-109.

Ainsi, le juge étasunien a décidé à plusieurs reprises que la violation d'un contrat de licence équivalait à une atteinte au système de traitement automatisé de données[210] au sens du *Computer and Fraud Abuse Act*[211]. Une telle extension entraîna donc des circonspections quant à la contestable interaction entre le régime contractuel et la responsabilité pénale. En effet, l'interprétation prétorienne du CFAA entraîne la responsabilité pénale de l'utilisateur légitime qui outrepasse les droits qui lui sont contractuellement accordés. Dans une certaine mesure, le juge français interpréta les dispositions de la loi GODFRAIN[212] dans ce sens[213]. Cette extension de la responsabilité pénale au travers de l'outil contractuel ou du libre accès à une ressource constitue un tournant surprenant mais surtout correspond à une dissuasion pour l'exercice de la décompilation[214].

Précision doit être faite qu'en sus des méthodes de réservation légales et contractuelles, une autre méthode – technique cette fois – doit être dénotée. Il s'agit des mesures techniques de protection[215] prévues par l'article L 331-5 du CPI[216]. Bien que la lettre du texte exclue formellement à la fois l'application des MTP aux créations logicielles, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence est venue rappeler que les exceptions du public peuvent être encadrées par le contrat[217]. La plupart des licences propriétaires[218] prohibe l'acte de décompilation renvoyant ainsi l'utilisateur aux limites précédemment énoncées. Toutefois, les dispositions de l'article L 122-6-1 du CPI sont explicitement d'ordre public, mais ces

---

[210] « **STAD** » par la suite.

[211] 18 USC §1030 et s. (2013) « **CFAA** » par la suite, voir dans ce sens T. WU, Fixing the worst law in technology, THE NEW YORKER, 18/03/2013 disponible sur https://www.newyorker.com/news/news-desk/fixing-the-worst-law-in-technology (dernière consultation le 02/01/2018) « *Both private litigants and the Justice Department began to use the law against not only hackers but also otherwise legitimate users who violate the "terms of service" policies that come with nearly ever piece of software and service we use on computers today.* », voir aussi les nombreux articles d'Orin KERR dédiés à cette question et disponible sur http://volokh.com/category/computer-fraud-and-abuse-act/ (dernière consultation le 02/01/2018).

[212] Loi 88-19 du 15/01/1988 relative à la fraude informatique, JORF du 06/01/1988, p. 231.

[213] Voir CA PARIS 4ième ch. 05/02/2014, affaire dite BlueTouff, dans ce sens voir C.-E. ARMINGAUD et O. ROCHE, *Arrêts Bluetouff et Svenson : les contenus sur internet se conjuguent à l'imparfait*, RLDI 04/2014, n°103, voir également G. BEAUSSONIE, *L'entrée dans l'ère du vol par téléchargement : à propos de l'épilogue (provisoire) de l'affaire Bluetouff*, JCP G, 07/2015, n°30-35, 887.

[214] Voir infra I.A.2.

[215] « **MTP** » par la suite.

[216] « *Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une oeuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme sont protégées dans les conditions prévues au présent titre. (Al.2) On entend par mesure technique au sens du premier alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue par cet alinéa. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée au même alinéa est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection.* »

[217] Voir dans ce sens Civ. 1ere 28 fév. 2006, n° 05-15.824.

[218] Nous excluons volontairement les licences libres et ouvertes de notre étude. Ces dernières prévoient en effet la possibilité pour l'utilisateur d'avoir accès au code source pour modifier, reprendre et étudier le logiciel. Dans ce sens, voir la thèse de J. KELLER(spéc. p. 418 et s. §§. 934), voir également B. JEAN, OPTION LIBRE, Framasoft, 2011, pp.323, et F. PELLEGRINI et S. CANEVET, LE DROIT DES LOGICIELS, PUF, 2012, pp. 612.

dispositions renvoient strictement aux conditions prévues par le même article qui, comme nous le verrons, ne concernent qu'uniquement à une approche concurrentielle.

Enfin, à la question terminologique de la différence entre « logiciel » et « algorithme » telle que soulevée en introduction, la réponse en qualification juridique est de taille. Le premier est, comme nous l'avons vu, éligible à la protection accordée au droit d'auteur, là où le second relève du secret commercial et par conséquent serait éligible à ce droit *sui generis*. De tels effets entraîneraient des conséquences importantes au niveau procédural et limiteraient ainsi la possibilité pour les lanceurs – décompilateurs du logiciel/plateforme de divulguer les faits illicites des éditeurs. Néanmoins, force est de souligner auparavant l'éligibilité au droit de décompilation. Cette éligibilité n'est guère évidente dans notre hypothèse.

B) Un droit accordé au public inadapté

Le droit de décompilation aux seules fins d'interopérabilité était initialement reconnu par le considérant n°20 de la directive de 1991/250/CEE[219] a été codifié en droit interne par l'article L 122-6-1 du CPI. La transposition prévoit que ce droit à la décompilation comme étant d'ordre public offrant à l'utilisateur légitime la possibilité de décompiler le logiciel nonobstant des stipulations contraires. S'il est encore utile de le faire, le présent développement démontrera les prérogatives accordées aux licenciés.

Ainsi pour résumer succinctement, l'interopérabilité permet à un tiers développant un logiciel de faire communiquer celui-ci avec un autre. Rappelons que ce dispositif était initialement prévu par la directive 91/250 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et que la directive se situait dans une politique d'harmonisation du marché. Une telle politique n'avait donc pour objet que de faciliter l'émergence d'une industrie du logiciel concurrentiel. La Commission, le TPICE, puis la CJUE, n'ont pas rejeté cette vision comme l'atteste la Saga Microsoft qui s'acheva en 2004. La condamnation du groupe étasunien[220] de divulguer les interfaces logicielles permettant l'interopérabilité d'autres logiciels avec les systèmes d'exploitation développé par la société défenderesse. Cet arrêt se situant dans le mouvement prétorien initié par l'arrêt Magill[221]. La CJUE accepta d'examiner les biens informations couverts par le droit d'auteur sous le prisme du droit de la concurrence.

---

[219] « *considérant, toutefois, que dans certaines circonstances une reproduction du code d'un programme d'ordinateur ou d'une traduction de sa forme au sens de l'article 4 points a) et b) peut s'avérer indispensable pour obtenir l'information nécessaire à l'interopérabilité d'un programme créé de façon indépendante avec d'autres programmes* ».

[220] Sur ce sujet voir le merveilleux article résumant la saga de G. STALTER, *Open source, interopérabilité et concurrence : à l'aube de l'arrêt Microsoft,* Concurrences, 2007, n°3, pp. 46-71.

[221] CJCE 06/04/1995, Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission des Communautés européennes- Aff. jointes C-241/91 P et C-242/91.

Bien que centrale au droit des logiciels, la notion d'interopérabilité *stricto sensu* ne jouit d'aucune assise légale[222]. La doctrine[223] a pris l'habitude de citer le Référentiel Général d'Interopérabilité[224] dont l'article 2 définit cette notion comme «*la capacité que possède un produit ou un système, dont les interfaces sont intégralement connues, à fonctionner avec d'autres produits ou systèmes existants ou futurs et ce sans restriction d'accès ou de mise en œuvre* » ou comme le résume l'HADOPI comme « *la capacité de deux ou plusieurs systèmes à échanger des informations et à utiliser mutuellement les informations échangées* »[225]. Néanmoins, il faut insister sur le fait que l'interopérabilité ne correspond pas à la compatibilité informatique[226]

L'article L 122-6 -1 du CPI joue sur cette imprécision de la notion d'interopérabilité pour y soumettre le droit de décompilation sur les logiciels. Cet article dispose :

« IV. La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :

1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ; 2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ; 3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité.

---

[222] Dans ce sens voir la thèse de J.KELLER , pp. 235-248 §§. 496-531, spéc. p. 243, § 518 où est mentionnée l'article L 331-32 du CPI dont l'alinéa 2 dispose : « *On entend par informations essentielles à l'interopérabilité la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour permettre à un dispositif technique d'accéder(...) à une oeuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes, dans le respect des conditions d'utilisation de l'oeuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine.* »

[223] Dans ce sens voir CPSLA, sous la direction de J. MOCHON, MISSION SUR L'INTEROPERABILITE DES CONTENUS NUMERIQUES, 19/04/2017 disponible sur http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-l-interoperabilite-des-contenus-numeriques (dernière consultation le 10/02/2018).

[224] Arrêté du 20 avril 2016 portant approbation du référentiel général d'interopérabilité.

[225] Définition figurant dans l'avis de l'HADOPI n° 2013-2 du 3 avril 2013 rejetant la demande formée par l'association VideoLAN.

[226] Dans ce sens voir, voir X. LINANT DE BELLEFONDS, *Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ?* JCP G n°12, 18/03/1998 I 118 §§ 10 « *La notion d'interopérabilité est très insuffisamment définie si l'on se contente de la tautologie que les systèmes doivent fonctionner entre eux (....) Dans le langage informatique (la compatibilité) désigne la possibilité de faire tourner un programme sur une certaine plate-forme.* », voir également F. PELLEGRINI et S. CANEVET, DROIT DES LOGICIELS, note supra p.255 §318 « *les notions de compatibilité s'exprime toujours vis-à-vis d'un produit particulier, pris comme référence et constituant un standard de fait, au marché duquel ses concurrents et les fournisseurs de produits annexes souhaitent avoir accès. Le concepteur du produit initial dispose d'une position dominante pour faire évoluer le standard à sa guise* ».

Les informations ainsi obtenues ne peuvent être :

1° Ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ; 2° Ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ; 3° Ni utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur. »[227].

Ainsi, l'exception au droit exclusif de l'éditeur de logiciel peut souffrir si la personne a un accès légitime au logiciel (1° du premier paragraphe), que les codes nécessaires à l'interopérabilité ne sont pas accessibles autrement (2° du premier paragraphe), que ladite décompilation est limitée aux seules parties nécessaires à la mise en œuvre de l'interopérabilité (3° du premier paragraphe), que cette même décompilation n'a pour seul but de permettre l'interopérabilité (1° du second paragraphe), que les informations ne sont ni communiquées aux tiers (2° du second paragraphe), ni utilisées pour créer un logiciel similaire (3° du second paragraphe). Hormis la seconde condition qui sera présentement étudiée et la troisième qui l'a déjà été, les autres exceptions seront analysées dans des développements ultérieurs dédiés.

Hormis pour la question de l'interopérabilité *stricto sensu*, les conditions de la décompilation sont claires[228]. De plus, la saga Microsoft a eu pour effet pratique à ce que les éditeurs de logiciel mettent à disposition du public les *software development kits* (SDK) ou des « *Application Programming Interface* » (API) pour les logiciels *dans les nuages*. Ces « kits » doivent être vus comme des interfaces logicielles offrant la possibilité aux programmeurs tiers de développer des logiciels interopérant avec le logiciel initial. Ces interfaces logicielles désamorcent en toute apparence la possibilité d'une décompilation par un licencié légitime en fournissant « *2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles* ». En toute apparence, en effet car rappelons le, tant qu'il est possible pour un logiciel *A* installé sur un terminal dont le contrôle est assuré par l'utilisateur légitime, que cette décompilation serait difficile voire impossible dès lors que le logiciel *A* nécessite de communiquer avec un logiciel *B* hébergé à distance. Dans une telle hypothèse, l'exception d'ordre public posée par l'article L 122-6-1 du CPI se trouve totalement obsolète. Outre cette obsolescence juridique, l'objet même de cet article est de s'assurer qu'un acteur en amont d'un marché ne puisse, de par la réticence à communiquer les interfaces logicielles nécessaires, bloquer le marché en aval transformant ainsi cette infrastructure essentielle en un « goulot d'étranglement »[229]. La logique est et reste donc purement concurrentielle.

---

[227] Le texte a été souligné par nos soins.

[228] Même si techniquement la question s'avère plus ardue. En effet, le compilateur utilisé par l'éditeur de logiciel devra être utilisé en priorité au risque de rendre le code source incompréhensible pour d'autres programmeurs.

[229] O. FREGET, *Accès aux infrastructures essentielles et accès réglementé : la nécessité d'une mise à jour d'un concept « incontournable »?*, Concurrence , 2011, n°2, pp. 2-9, spéc. p.2 §3« *La facilité essentielle constitue*

C'est ce fondement concurrentiel qui est contestable. En effet, et les articles L 122-6 et L 122-6-1 du CPI l'illustrent parfaitement, le seul utilisateur visé est l'utilisateur professionnelle, voire le concurrent. Une telle vision est confirmée par la déformation de la notion d'interopérabilité en compatibilité par la Cour de Cassation lors de son arrêt Fiducial rendu par sa première chambre le 20/10/2011[230]. Sur cette affaire, M. BINCTIN déclare « *Le marché des biens intellectuels doit s'organiser en évitant les actes d'exploitation forcés (...) et pour assurer une réelle concurrence. Il faut que le droit de propriété s'exerce de façon raisonnée. L'articulation des deux contraintes (propriété et concurrence) assure une pérennité de notre organisation économique et sociale. En invoquant le droit de propriété sur le logiciel pour contester la migration de données, l'éditeur de logiciel abuse de son droit en cherchant à lui donner une portée supérieure à celle que lui accorde le législateur.* »[231]. La logique est impeccable. Elle est même irréprochable. Mais cette autorisation de décompilation reste et demeure purement concurrentielle.

En effet, il devient légitime de se poser les questions suivantes : en quoi est-ce qu'un concurrent effectuant une décompilation, dans un prétendu but concurrentiel, serait plus respectueux des droits de propriété intellectuelle qu'un individu, un collectif ou une association cherchant à décompiler le même code pour s'assurer que ledit code répond uniquement aux fonctionnalités mentionnées dans les manuels utilisateurs ou ne fausse pas volontairement les données générées avant de publier leur résultat ? En quoi une société recherchant le lucre et le profit serait plus vertueuse qu'un expert ou un groupe de spécialistes qui démontrent les défaillances du logiciel et publient le code source en ligne ? Et c'est au niveau de cette interrogation où les différentes libertés fondamentales se confrontent et où l'on voit que les libertés et droits fondamentaux commencent enfin à s'équilibrer en faveur des individus. Et c'est également à ce niveau où existe un réel besoin de reconnaissance du statut de lanceurs d'alerte à certains acteurs numériques.

II. L'application du droit des lanceurs d'alerte au droit de décompilation

Ainsi après avoir vu que la propriété intellectuelle applicable aux logiciels entraîne une réservation exclusive de ces informations et qu'à prime abord l'accès à ces informations sont tant juridiquement qu'en pratique limités à un cadre spécifique, l'application de cadre aux lanceurs d'alerte sera examinée. L'article 6 de la loi SAPIN 2 prévoyant que la révélation d'une information à des fins d'intérêt général, c'est-à-dire un intérêt qui « *dépasse les*

---

ainsi un "goulot d'étranglement" au travers duquel doivent s'efforcer de passer tous les concurrents. Le détenteur d'une ressource doit obligatoirement rendre cette ressource disponible pour ses concurrents, dès lors que l'accès à cette ressource est indispensable à ces derniers pour exercer leur activité, et son refus est condamnable. ».

[230] Note N. BINCTIN, *Migration de données et interopérabilité*, CCE n°3, mars 2012, étude 6 « *La Cour a confondu l'interopérabilité de logiciel et la migration de données.* ».

[231] Id. in fine §7.

intérêts particuliers (et) qui confère à l'Etat la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par delà leurs intérêts particuliers »[232]. Le lanceur d'alerte viole le droit sciemment pour révéler une information qui profite à l'ensemble de la société. Et dans notre contexte, le désobéissant entreprend de violer le droit d'auteur par la publication d'une décompilation d'un logiciel protégé par ledit droit afin de révéler ses fonctions malicieuses.

Ainsi il est nécessaire dans un premier temps de souligner l'inapplication du droit de décompilation prévue par la propriété intellectuelle, caractérisant ainsi la contrefaçon, pour examiner ensuite si d'autres pistes d'exonération de la responsabilité du contrefacteur peuvent s'appliquer (A). Puis il s'agira de déterminer quelles seraient les valeurs procédurales de ces informations divulguées illicitement tout en examinant les fondements d'une éventuelle censure judiciaire exigée par l'éditeur (B).

A. Du besoin d'une protection légale *ad hoc* aux lanceurs d'alerte dans le domaine des logiciels

Comme il a été démontré, le droit de décompilation du logiciel – exception d'ordre public aux droits patrimoniaux des éditeurs – ne s'appliquant que dans un cadre défini, la démonstration de l'impossibilité de sa transposition aux autres actes de décompilation (1°). Puis se poseront la question de la qualification d'un tel acte (2°) et celle d'une possible assimilation aux voies de presses (3°).

1) l'impossible application de l'exception de décompilation en dehors du cadre de l'article L 122-6-1 du CPI

Envisager de faire les fins d'intérêt général rentrer comme une exception permettant de faire des opérations de décompilation ou bien de faire rentrer la « contrefaçon » dans les conditions exonératoires prévues par la loi SAPIN 2 limiteraient les malveillances des éditeurs à se prévaloir du droit d'auteur pour bâillonner les lanceurs d'alerte.

Ainsi l'application des conditions du droit commun aux lanceurs d'alertes aux exigences de l'article L 122-6-1 du CPI[233] les excluraient des bénéfices dont jouit le lanceur d'alerte. Ainsi rappelons que pour l'exception soit efficace :

- a) la personne doit avoir légitimement accès au logiciel (1° du premier paragraphe) ET,

[232] CONSEIL D'ETAT, REFLEXIONS SUR L'INTERET GENERAL – RAPPORT PUBLIC, 30 nov. 1998, disponible sur http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999 (dernière consultation le 28/02/2018).
[233] Voir supra I.

- b) la décompilation est limitée aux seules parties nécessaires à la mise en œuvre de l'interopérabilité (3° du premier paragraphe) ET,
- c)les informations ne sont pas communiquées à des tiers (2° du second paragraphe).

Or il est évident que les deux dernières conditions sont absentes viciant ainsi l'invocation de l'exception d'interopérabilité, la première étant toujours sujette à discussion.

La légitimité de la personne a avoir accès au logiciel dépend de deux paramètres : un accès physique au logiciel et une autorisation d'y accéder. Le logiciel peut être installé sur le terminal de l'utilisateur légitime mais une partie du traitement peut être « délocalisée » sur un serveur distant. Dans une telle hypothèse, le logiciel installé ne fait qu'émettre des données qui sont traitées par le serveur distant avant d'être renvoyées – instantanément – au-dit logiciel. L'utilisateur peut certes décompiler le code source du logiciel mais en dehors d'informations – parfois primordiales[234] – le véritable traitement de données n'est pas réalisé depuis le logiciel de l'utilisateur final.

La seconde question relative à la légitimité concerne les contrats de licence d'utilisateur final. Certes l'article L 122-6-1 du CPI rappelle que ses effets sont d'ordre public et que l'éditeur ne peut les limiter contractuellement. Néanmoins, cette disposition d'ordre public ne concerne qu'uniquement le contexte de la décompilation pour but d'interopérabilité, le succédané licite restant le droit d'analyser et d'étudier le logiciel c'est-à-dire concrètement extrapoler les fonctionnalités du logiciel de par son exécution ou formulé autrement, regarder le logiciel « sans soulever le capot ». De plus, la question n'a pas encore été soulevée quant aux « logiciels intégrés » à même le matériel. Dans une telle hypothèse, l'éditeur de logiciel n'est que secondaire et son accès emporte la résiliation automatique de la garantie tant du logiciel que du matériel l'intégrant. L'accès pour l'interopérabilité n'est pas réellement autorisé mais l'effet indirect sera la résiliation de la garantie due ou contractuelle par l'éditeur – exclusif titulaire du droit de correction des dysfonctionnements du logiciel. En informatique, cette garantie se manifeste le plus souvent par une maintenance évolutive ou corrective[235], c'est-à-dire concrètement la nécessaire évolution du logiciel en fonction de son environnement ou des bugs résolus. La résiliation de la licence entraînerait donc à terme une impossibilité pour l'utilisateur d'utiliser son matériel – ce dernier étant obsolète par défaut de mise à jour. Mais surtout, et nous reviendrons par la

[234] Nous pensons par exemple aux catégories de données envoyées. Pour parler concrètement, une application optimisant la livraison de pizzas nécessite-t-elle un accès à l'agenda du client ? Ce genre de questions a été soulevé au début des applications mobiles et elle a été partiellement résolue par les éditeurs de téléphone qui ont limité l'accès desdites applications aux développeurs de logiciels tiers (dans ce sens voir M.-C. BEUTH, *Avec son nouvel iOS, Apple introduit 2 changements discrets mais aux conséquences économiques importantes*, BUSINESS INSIDER, 19/09/2017 disponible sur http://www.businessinsider.fr/ios-11-changements-app-store-publicite/ [dernière consultation le 25/02/2018]).

[235] La maintenance corrective renvoie à une correction des bogues, des erreurs et des dysfonctionnements, c'est-à-dire les erreurs contenues dans le logiciel après sa livraison, là où la maintenance évolutive correspond à une évolution du logiciel qui se manifeste concrètement par l'édition de mises à jour ponctuelles comprenant des corrections et améliorations apportées à l'état précédent.

suite sur cette question, la résiliation du contrat pour des causes de décompilation autre que l'exception d'interopérabilité entraîne tout simplement une contrefaçon[236]. Cette contrefaçon se justifie par l'outrepassement de la volonté de l'éditeur initial par l'utilisateur se rapprochant ainsi des dispositions prévues par le CFAA puis interprétées par le juge étasunien.

Dans notre contexte, il serait de mauvaise foi de déclarer que l'accès au code source du logiciel soit de quelque façon lié à une volonté d'interopérabilité. Le code source, si décompilé correctement – hypothèse très hypothétique[237] - est lu, analysé et interprété pour déterminer les fonctionnalités cachées dans celui-ci. Il est à noter que la doctrine a toujours critiqué cette limite en estimant qu'il était impossible de décompiler la seule partie nécessaire à l'interopérabilité tout en faisant fi du reste[238]. De plus, la décompilation est faite pour répondre à un besoin de susciter un débat d'intérêt général. Comme le souligne D. HAYWOOD, « *Those (hackers) involved in this activity comprise a homogenous group and frequently cite a range of motivations from the thrill of technological exploration to civic obligation – a duty of those with the ability to contribute to society* »[239]. La finalité est donc une finalité civique c'est-à-dire pour répondre à des besoins sociaux ou pour reprendre l'article 6 de la loi du 9 décembre de « *manière désintéressée et de bonne foi* ». De plus, et comme le met en avant la citation précédente, il s'agit de « groupe homogène » - ce qui n'exclut pas des individus agissant seuls. Par conséquent, lorsque l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 dispose qu'est « *Un lanceur d'alerte (...) une personne physique* », le texte exclut les collectifs formalisés ou non.

Les informations sont, par essence, communiquées à des tiers et ne restent pas dans la seule escarcelle de l'entreprise opérant la décompilation. En effet, cette communication peut se faire d'autant manières qu'il y a de *hackers* [240]. Les uns font des billets de blog[241], d'autres contactent l'éditeur de logiciel pour l'informer d'une brèche avant de se résoudre à publier l'information[242], d'autres publient les résultats de leurs recherches sur Internet sous forme de *leaks*[243]. Cette différence de traitement renvoie à l'adhésion à l'éthique du

---

[236] Voir dans ce sens l'arrêt Bluetouff note supra où les auteurs illustrent au travers des arrêts Bluetouff et Svensson la prédominance de la volonté des auteurs quant à l'accès ou l'utilisation des données auxquelles les tiers accèdent.

[237] Voir déjà en 1998 où X. DE BELLEFONDS (in *le droit de décompilation des logiciels*, JCP G12, 18/03/1998 I, 118) déclarait que « *tous les programmeurs l'affirmeront : le rétablissement d'un code source en langage C, outre qu'il est aléatoire car il faut reconnaître les bibliothèques associées et les variables temporaires, est une opération qui peut être globale*».

[238] Voir dans ce sens H. BITAN, note supra.

[239] D. HAYWOORD, *The ethics of the code*, Journal of Peer Production, issue 3, disponible sur http://peerproduction.net/issues/issue-3-free-software-epistemics/peer-reviewed-papers/the-ethic-of-the-code-an-ethnography-of-a-humanitarian-hacking-community/ (dernière consultation le 25/02/2018).

[240] Rappelons pour mémoire qu'un « hacker » est traduit en français comme « un bidouilleur ». Pour une autre distinction voir

[241] Voir dans ce sens l'affaire Bluetouff.

[242] Voir dans ce sens l'arrêt rendu par la 12ième chambre de la Cour d'Appel de Paris le 30/10/2002.

[243] Voir dans ce sens Wikileaks (https://wikileaks.org/) ou encore Exodus (https://reports.exodus-privacy.eu.org/reports/apps/) (dernière consultation le 25/02/2018).

hacker[244] et à la finalité recherchée par le « bidouilleur ». L'information n'étant pas exclusive et étant source de connaissance, les hackers ont tendance à la partager. Il importe de souligner que ce partage est parfois encouragé par les grandes entreprises éditrices qui organisent des concours – appelés « Bug Bounty » - invitant les bidouilleurs à chercher les bugs et autres dysfonctionnements techniques et à les leur communiquer[245]. Bien que l'information soit faite directement au « référent » tel que prévu à l'article 8 de la loi Sapin 2, les participants à de tels concours peuvent être difficilement compris comme étant des salariés[246].

Enfin la dernière condition posée par le premier alinéa de l'article 6 de la loi 2016-691 ne peut être remplie puisque cette norme dispose que l'information doit avoir été eu « personnelle connaissance ». La doctrine interprète strictement cette condition comme étant une information directement connue par le salarié, le fonctionnaire ou le militaire dans le cadre de ses fonctions et non comme une information qu'il aurait pu avoir à connaître grâce à des méthodes d'investigation plus ou moins licite[247]. Par conséquent, la conjugaison de l'analyse des conditions prévues par l'article L 122-6-1 du CPI et par l'article 6 de la loi 2016-691 exclue de plein droit toute divulgation acquise par des *hackers* dans le cadre d'une décompilation d'un logiciel sans autorisation.

2) la qualification de l'acquisition de la décompilation en dehors de l'exception d'interopérabilité

Peu de contentieux français ont amené à définir réellement ce qu'il se passerait dans le cas d'une décompilation en dehors des conditions posées par l'article L 122-6-1 du CPI. Le pourvoi de l'arrêt Fiducial[248] formé par l'éditeur repose à la fois sur une contrefaçon, reposant sur un outrepassement des droits accordés au licencié, et sur une action en parasitage[249]. Nous écarterons du champ de notre étude cette dernière action puisque cette dernière relève de la responsabilité civile de droit commun[250].

---

[244] P. HIMANEN, L'ETHIQUE HACKER ET L'ESPRIT DE L ERE DE L'INFORMATION, éd. EXILS 2001, pp. 219 qui cite S. BRAND « Informations wants to be free » (1984). Pour les communautés de hackers, l'information n'est pas un bien exclusif donc par conséquent celle-ci doit être accessible pour permettre une société équilibrée (sur ce sujet voir Informations wants to be free, WIKIPEDIA, https://en.wikipedia.org/wiki/Information_wants_to_be_free [dernière consultation le 25/02/2018]).

[245] Dans ce sens voir la page Wikipédia dédiée disponible sur https://en.wikipedia.org/wiki/Bug_bounty_program (dernière consultation le 25/02/2018).

[246] Voir l'intégralité du I de l'article 8 « *Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci.* » qui vise comme nous l'avons déjà signalé une relation de subordination entre le lanceur d'alerte et la personne violant de façon « *grave et manifeste un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, la loi ou (un) règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général* ». Ce raisonnement peut être appliqué mutatis mutandis aux autres situations.

[247] Voir infra 2 ci-dessous

[248] Voir note supra.

[249] Sur ce sujet voir J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, D. 2000, p. 297, qui réfute l'utilisation du parasitisme juridique comme fondement juridique concurrent lors d'une action en

Le code logiciel – qu'il soit sous forme de code source ou de code objet[251] - jouit de la protection du droit d'auteur. De là, la contrefaçon de par la simple copie du code – sous quelque forme qu'il soit – sans autorisation du titulaire des droits est considérée comme constituée. Généralement, les moyens de défense classiquement invoquées reposent sur une absence d'originalité ou sur une dissemblance. Or l'objet même d'une telle reproduction publique du code porte indubitablement atteinte aux droits patrimoniaux des droits d'auteur du titulaire des droits mais a pour finalité de jeter l'opprobre sur le traitement de données faits par celui-ci. Les moyens de droit dans ce type de litige sont écartés d'office. Il ne s'agit pas d'une défense contre une allégation, en arguant par exemple l'absence d'originalité du code[252], puisque la contrefaçon est en elle-même constituée et volontaire.

Le second moyen généralement avancé par les éditeurs demandeurs est l'intrusion et le maintien dans les STADs tel que défini par la loi GODFRAIN[253]. En effet, l'accès à des parties non autorisées du logiciel, surtout lorsque celui-ci est distant qualifie le délit pénal. Néanmoins, les rares jurisprudences existantes portent exclusivement sur des « intrusions » sur des sites internet depuis un simple navigateur. Ainsi, la jurisprudence Bluetouff[254], précédée par celle de KITETOA[255], sont venues préciser le dol pénal pour apprécier de la constitution du délit ou non. Dans l'affaire KITETOA, le juge d'appel déclare « *il ne peut être reproché à un internaute d'accéder aux, ou de se maintenir dans les parties des sites qui peuvent être atteintes par la simple utilisation d'un logiciel grand public de navigation, ces parties de site, qui ne font par définition l'objet d'aucune protection de la part de l'exploitant du site ou de son prestataire de services, devant être réputées non confidentielles à défaut de toute indication contraire et de tout obstacle à l'accès* ». Un accès sans notification de limite à l'internaute était considéré comme étant licite, là où par la suite, il a été jugé que

---

contrefaçon. Voir contra M.-O. DEBLANC, *De la notion de parasitisme et d'agissements parasitaires en matière artistique*, RIDA 2017, pp.13 qui estime que le parasitisme est un succédané pour les ayants-droits n'ayant pas de preuve suffisante pour fonder leur action en contrefaçon ; Voir aussi sur ce sujet M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrefaçon et concurrence déloyale : pour en finir avec les incertitudes sur la notion de fait distinct*, Propriété Industrielle, mai 2015, n°5, ét. 74, qui met en avant les modalités du cumul des actions.

[250] Que nous étudierons incidemment infra B. 1.

[251] Tout aussi étonnant que cela peut paraître. En effet, il ne s'agit que d'une suite binaire d'informations dont la lecture par l'ordinateur entraîne des interrogations sur cette « originalité » sur ce sujet voir P. GAUDRAT, *La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique*, RIDA 1986, avril, n°128, p.180.

[252] F. GAULLIER, *La Preuve de l'originalité, une charge complexe*, RLDI 2011 n°70 qui rappelle néanmoins que le défendeur se doit de motiver en quoi l'œuvre potentiellement contrefaite ne serait pas originale ; voir également A. LUCAS et P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, note supra, §25 « *Dans le fond, contester victorieusement l'originalité d'une œuvre c'est la plupart du temps couper court à toutes les revendications du demandeur. Pour un défendeur, cette contestation, devrait tenir du réflexe. Or, un rapide examen des décisions publiées ou recensées par les bases de données juridiques ne montre pas qu'il s'agit là d'une voie recherchée systématiquement par les plaideurs. Sans doute parce que lorsque la voie est explorée, elle l'est souvent sans grand succès ou bien encore parce que la condition d'originalité est spontanément admise par les intéressés.* »

[253] Note supra

[254] Consacré par l'arrêt de Crim. Du 20/05/2015, n°1566.

[255] CA PARIS, 12ième ch. , 30/10/2002.

l'internaute doit pouvoir supposer de lui-même l'existence de ces limites, à la vue de « contrôle d'accès », même si ces derniers ne sont pas « efficaces »[256].

Ces deux espèces se rejoignent sur une volonté des auteurs de divulguer, à l'insu de ses possesseurs, des informations stratégiques, ou triviales, disponibles depuis un site internet pour en alerter les gestionnaires de l'absence de protection. La volonté de nuire aux titulaires était dans les deux cas absente. Néanmoins, dans le second cas, le contournement des mesures de protection, toute aussi peu efficaces qu'elles aient pu être, a constitué le délit d'atteinte de STAD. Cette décision a complété les dispositions de la loi GODFRAIN en créant le vol de données[257]. Le site internet étant une œuvre de l'esprit, il ne fait aucun doute que dans le cas d'une décompilation, le moyen juridique employé à l'encontre du hacker soit identique.

46. Ainsi, nous rejoignons la vision développée par les différents auteurs à l'étude relative aux lanceurs d'alerte[258]. Certes, la distinction développée par Mme la Professeure LOCHAK[259] entre lanceurs d'alerte et désobéissants est éminemment déterminante et exclurait les « hackers » de la protection des lanceurs d'alerte[260]. La comparaison entre la jurisprudence entre la liberté d'expression et la violation des droits de propriété intellectuelle doit être examinée à présent pour déterminer si des moyens d'exonération applicables à la presse serait transposable dans notre matière.

3) L'exonération de la contrefaçon et du maintien de STAD à des fins de susciter un débat d'intérêt général

De prime abord, « *la recherche d'un juste équilibre en procédant à la mise en balance des valeurs en présence* »[261] est évidente puisqu'il s'agit d'une situation où au nom d'un débat d'intérêt général. Cette justification se retrouve dans la jurisprudence relative à la

---

[256] L 331-5 du CPI al. 2 « *On entend par mesure technique au sens du premier alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue par cet alinéa. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation (....) est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection* » (nous soulignons).

[257] Voir dans ce sens Arrêts Bluetouff et Svensson : les contenus sur internet se conjuguent à l'imparfait du subjonctif, note supra.

[258] Voir AJDA 2014, pp.2236, dont quelques contributeurs participent à la présente étude.

[259] Voir *L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance*, AJDA 2014, pp. 2236 et s.

[260] « *Ce qui rapproche encore les désobéissants et les lanceurs d'alerte, c'est le risque qu'ils courent d'être sanctionnés : les premiers parce qu'ils enfreignent une règle de droit ; les seconds parce qu'ils s'exposent à des représailles, y compris lorsqu'ils ne font que respecter une obligation de dénoncer inscrite dans le code pénal ou ailleurs. Reste que, s'il y a aujourd'hui consensus quant à la nécessité de protéger le lanceur d'alerte, il n'en va pas de même du désobéissant, en dehors des hypothèses où la loi reconnaît l'objection de conscience. Celui qui désobéit, au demeurant, non seulement s'expose en connaissance de cause à être sanctionné et en assume le risque, mais espère aussi que la sanction réveillera la conscience endormie de ses concitoyens.* »

[261] Pour reprendre les propos de L. FRANCOIS, in Affaire Bettencourt : relaxe des journalistes poursuivis pour atteinte à la vie privée, RLDI, 04/2016, n°125,

divulgation par des voies de presse. En effet, les débats d'intérêt général légitimisent le pluralisme ; la tolérance et l'esprit d'ouverture des idées sans «*lesquels il n'y a pas de société démocratique* »[262]. Cette approche justifie une protection élevée du discours politique et journalistique par la CEDH[263] et par la CJUE[264] -proche de la conception étasunienne de « *marketplace of ideas* »[265]. L'objectif recherché était d'éviter le « chilling effect », c'est-à-dire la crainte des individus d'être poursuivis pour des délits d'opinion[266].

Néanmoins la CEDH tempère ce principe de l'absolutisme de la liberté d'expression en déclarant qu'« *il ressort en effet de la jurisprudence que, si tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général (...) est tenu de ne pas dépasser certaines limites quant – notamment – au respect de la réputation et des droits d'autrui* »[267]. Il s'agit de la manifestation du principe de l'équilibre des droits fondamentaux en présence. La propriété intellectuelle et le secret des affaires relèvent naturellement des droits d'autrui et par conséquent justifient les limites accordées à la liberté d'expression.

La jurisprudence des questions préjudicielles de la CJUE ignore cette question en se situant sur la pure appréciation de la directive 2000/31/CE[268] correspondant « au droit commun » du droit d'auteur européen[269]. Cette application entraîne donc une absence d'examen *stricto sensu* des intérêts en présence dès lors que la contrefaçon est consommée[270]. Ce qui

---

[262] Voir CEDH 07/12/1976, Handyside c. R.-U., §49.

[263] Voir dans ce sens CEDH 07/11/2006, Mamère c. France, §20.

[264] Voir dans ce sens l'arrêt CJUE 24/11/2011 Scarlet c. Sabam, C70/10, § 50 : « *De plus, les effets de ladite injonction ne se limiteraient pas au FAI concerné, le système de filtrage litigieux étant également susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des clients de ce FAI, à savoir à leur droit à la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à leur liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ces droits étant protégés par les articles 8 et 11 de la charte.* ».

[265] Pour reprendre l'expression du Juge HOLMES dans son opinion dissidente de la décision *Abrams v. United States* 250 US 616 (1919), le *marketplace of ideas* est décrite comme «*essential to effective popular participation in government (since) the quality of the public exchange of ideas promoted by the marketplace advances the quality of democratic government.*» S. Ingber, *the Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, 1984 DUKE L.J. 3–4 (1984).

[266] « *In constitutional law, the inhibition or discouragement of the legitimate exercise of a constitutional right, especially one protected by the First Amendment to the United States Constitution, by the potential or threatened prosecution under, or application of, a law or sanction.* », http://www.yourdictionary.com/chilling-effect#law . Idée reprise dans l'arrêt Weber et Savaria c. Allemagne (29/06/2006, n°54934/00) « 78. *Elle note en outre que les requérants, bien que membres d'un groupe de personnes susceptibles d'être frappées par des mesures d'interception, sont incapables de démontrer que les mesures litigieuses leur ont effectivement été appliquées. Elle rappelle toutefois les conclusions auxquelles elle est parvenue dans des affaires analogues et selon lesquelles la législation elle-même crée par sa simple existence, pour tous ceux auxquels on pourrait l'appliquer, une menace de surveillance entravant forcément la liberté de communication entre usagers des services des télécommunications et constituant par là en soi une ingérence dans l'exercice par les requérants de leurs droits garantis par l'article 8, quelles que soient les mesures prises dans les faits* ».

[267] CEDH, arrêt Mamère c. France, note supra, §.25.

[268] Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOUE L 167 22/06/2001.

[269] CJUE 03/07/2002, Usedsoft c. Oracle, C 128/11, §56 : « *Ensuite, il y a lieu de rappeler que la directive 2009/24, qui concerne spécifiquement la protection juridique des programmes d'ordinateur, constitue une lex specialis par rapport à la directive 2001/29.* »

[270] Voir contra l'arrêt Scarlet c. SABAM qui correspond à une mesure généralisée de filtrage et non applicable à une espèce particulière.

est indéniablement le cas dans notre hypothèse avec une divulgation non autorisée par le titulaire des droits d'auteur du code source/objet. Sans pour autant totalement rejeter l'approche de l'appréciation de la licité de l'expression[271], la CEDH analyse l'atteinte à la liberté d'expression sur le fondement de l'article 10.2 de la CESDH. Cette atteinte est légitime si elle est inscrite dans la loi et que si elle répond à une « *ingérence nécessaire, dans une société démocratique* » c'est-à-dire que cette limitation répond à un « *besoin social impérieux* »[272]. Ce besoin impérieux est laissé à l'appréciation du juge national, le juge européen n'appréciant que si l'Etat « *a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable* »[273] .Or la même Cour a rattaché la propriété intellectuelle, interprétée sous le prisme l'article 1 du protocole 1[er] de la CESDH[274], aux biens. Par conséquent, l'interprétation de l'équilibre des droits en présence fait peser la balance en faveur des droits d'auteur, que la contrefaçon soit faite à titre gracieux[275] ou à titre onéreux[276].

Ainsi la divulgation du code source attentatoire à un droit fondamental ferait à prime abord pencher la balance en faveur de l'ayant droit. Les réserves faites par la CEDH dans un tel cadre de figure sont applicables à notre hypothèse. Dans le paragraphe 41 de la décision Ashby Donald, le juge européen rappelle que le juge national dispose d'une marge d'appréciation dans la balance des intérêts. Sur ce dernier point, l'arrêt Fredrik NEIJ et Peter SUNDE KOLMISOPPI rappelle que cette règle doit être appréciée en fonction de l'intérêt de la propriété intellectuelle divulguée sans l'accord du titulaire des droits[277]. Or si la divulgation de l'information – faisant l'objet d'une réservation exclusive – revêt cette « importance particulière » exigée par la Cour des droits de l'homme, il serait possible de penser que la décision pencherait en faveur du contrefacteur. Les dispositions prévues par l'article 10.2. de la CESDH (modalités des limitations de la liberté d'expression) fondées sur une atteinte sur l'article 1 du Protocole de l'article 1 (droit de la propriété intellectuelle) seraient désamorcées par une atteinte à l'article 2 de la CESDH (droit à la vie[278]) ou par une atteinte à l'article 8 de la CESDH (droit à la vie privée) revigorant totalement les effets de l'article 10 de la CESDH (liberté d'expression).

Mutatis Mutandis, une solution similaire se retrouve pour les bases de données qualifiées « leakées » ou divulguées de façon illicite. Toutefois, la Cour des droits de l'homme effectue

---

[271] CEDH, 5[e] sect., 19 fév. 2013, n°40397/12, Fredrik NEIJ et Peter SUNDE KOLMISOPPI c. Suède.
[272] Dans ce sens CEDH, 5e sect., 10 janv. 2013, n° 36769/08, Ashby Donald et a. c/ France, §.38.
[273] Id. §38.
[274] CEDH, gde ch., 11 janv. 2007, n° 73049/01, Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal
[275] CEDH, 5e sect., 19 févr. 2013, n° 40397/12, Neij et Kolmisoppi c/ Suède.
[276] CEDH, Ashby Donald et a. c/ France, note supra §27.
[277] CEDH Neij et Kolmisoppi c/ Suède, note supra « *à cet égard, la Cour souligne aussi que l'amplitude de la marge d'appréciation de l'État varie et dépend d'un certain nombre d'éléments, notamment de la question de savoir si la nature des informations litigieuses revêt une importance particulière* ».
[278] Sur l'interaction entre le droit à la vie et le droit à un environnement sain voir CEDH – FICHE PRATIQUE : ENVIRONNEMENT ET CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME – 02/2018, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_FRA.pdf (dernière consultation le 27/02/2018).

une appréciation de la même façon. En fonction de si la divulgation d'informations a un impact sur les libertés des individus, l'interprétation de la CEDH est plus sévère. En effet, dans l'affaire Giesbert c. France[279], la Cour Européenne ne perçoit aucune justification de but légitime même si la question relevée de l'intérêt général dans la divulgation journalistique d'informations couvertes par le secret de l'instruction. Elle estime qu'une telle publicité constitue une atteinte au droit au procès équitable, consacré par l'article 6 de la même convention, en portant atteinte à la présomption d'innocence.

B) le caractère probant des « fuites »

De nouvelles formes de divulgation de l'information font corrélativement face à de nouvelles problématiques. Outre le problème déjà traité du caractère confidentiel des algorithmes ou des données, leur divulgation au grand public entraîne la question de l'admission de ce type de preuves (2). Néanmoins, et avant d'étudier cette simple question, seront déjà exposées les modalités de protection dont disposent les éditeurs contrevenants (1).

1) les modalités de « surprotection » accordées aux ayants-droits / personnes concernées

52. L'indifférence du droit d'auteur quant aux mérites et aux genres a également pour prérequis de la volonté d'éviter que le juge ne se transforme en censeur et que sa subjectivité n'ait pour effet de limiter la liberté d'expression des auteurs[280]. Une telle indifférence désamorce tout contrôle *a priori* et octroie donc l'éligibilité de plein droit à la protection du droit d'auteur pour tous les types de création – licencieuses ou poétiques, artistiques ou utilitaires. Le contrôle du juge se faisant *a posteriori*, la question d'une divulgation des codes sources du logiciel ou de l'algorithme se verra donc être condamnée comme une atteinte au « *patrimoine informationnel* »[281] de l'éditeur.

53. Au nom de la présomption d'innocence, le « code » doit être jugé comme illicite pour se voir être prohibé – entendre par cela sorti des réseaux de distributions officiels. Or pour arriver à une telle décision, la question de la licité du code doit être soulevée devant un

---

[279] CEDH, 5e sect., 1er juin 2017, nos 68974/11, 2395/12 et 76324/13, note J.-P. MAQUENAUD, Retombées européennes de l'affaire Bettencourt : la stigmatisation des informations orientées, RSC 2017, p. 628.

[280] Sur la problématique entre la liberté d'expression et le droit des logiciels, Voir la thèse de J. KELLER et les notes de bas de pages correspondantes, spéc. p.126- 142 et s., §§ 239 – 286.

[281] Voir F. HAGEL, *La protection du secret des affaires*, JCP E 2012, 04/2012, n°14-15, n° 229 §1. « *Le patrimoine informationnel d'une entreprise comprend des informations très diverses : stratégiques (p. ex. plans R&D, projets de diversification), techniques (p. ex. concepts de futurs produits, idées d'amélioration, designs, spécifications techniques, dossiers de fabrication, codes-sources de logiciels, données d'essai), commerciales (p. ex. études marketing, listes de clients, plans d'action, réponses à des appels d'offres), économiques et financières (p. ex. études d'investissement, marges), organisationnelles (p. ex. plans de recrutement). Toutes ces informations contribuent à la position concurrentielle de l'entreprise et ont une valeur.* », cité par M. MALAURIE-VIGNAL, *Réflexions sur la protection du patrimoine immatériel de l'entreprise contre le piratage économique*, D. 2012 p. 415, voir également sur ce sujet la seconde partie de la thèse de J. KELLER.

juge, ce qui entraîne inexorablement une procédure longue. Une procédure d'autant plus longue que des avis d'experts risquent de se contredire.

54. Dans l'hypothèse où le code source du logiciel – correctement ou incorrectement décompilé – serait « leaké » sur un site internet ou sur un *repertory*, l'éditeur disposerait de toute la force des différentes lois sur la contrefaçon pour à la fois imposer le retrait de ce code source. L'essor du numérique a eu pour effet direct d'entraîner un accroissement de la législation relative à la contrefaçon à des fins de protection tant de l'industrie culturelle que logicielle[282]. Or la seconde industrie bénéficie du régime de la première et voit donc, sous l'exception culturelle, sa protection être accrue.

Ainsi outre le « référé internet » instauré par l'article 6-1-8 de la LCEN[283] contraignant les hébergeurs de contenus à supprimer les contenus illicites, des référés en contrefaçon peuvent être directement invocables à l'encontre de l'éditeur contrefaisant[284]. Ce dispositif a été renforcé par la loi HADOPI[285] qui prévoit, en vertu de l'article L 336-2 codifié, qu'« *en présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les oeuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits (...) ou des organismes de défense professionnelle (...), toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier* ». En d'autres termes, le titulaire des droits d'auteur peut exiger du juge un blocage du site internet litigieux mis en œuvre par les fournisseurs d'accès internet pour faire cesser l'atteinte à son droit[286]. La mise en œuvre de la procédure semble répondre aux règles de droit commun des référés en imposant que la démonstration de la violation évidente d'un droit et d'une urgence. Dans notre hypothèse, la divulgation d'un code attribué à une structure suffit à fonder le référé

---

[282] Dans ce sens voir par exemple l'Union des Fabricants de France, https://www.unifab.com/ qui se réclame d'être «*l'association française de lutte anti-contrefaçon qui œuvre depuis plus de 140 ans pour la défense et la promotion des droits de propriété intellectuelle. Elle regroupe 200 entreprises membres, issues de tous les secteurs d'activité et réunies autour d'une vocation commune, celle de préserver l'authentique et lutter contre les faux produits !* » et parmi les membres duquel se trouvent de grands noms de l'informatique.

[283] Sur cette question voir H. CROZE, *Référé-Internet*, Procédures n° 8/9, Août 2004, comm. 185 « *Le recours au juge des référés n'étonne pas dans un domaine comme l'Internet où la promptitude de l'intervention judiciaire est essentielle, comme en matière de presse, de sorte que, comme l'avaient relevé MM. Vivant et Le Stanc « le juge des référés apparaît désormais (...) comme l'agent naturel de la police de l'Internet ». Quant à la possibilité de saisir le juge par voir de requête il faut, semble-t-il, conformément au droit commun, la limiter aux cas dans lesquels les circonstances exigent que les mesures ne soient pas prises contradictoirement (NCPC, art. 493 - comp. sur le fondement de l'article 145 du NCPC, qui semble ouvrir un choix entre référés et requête : Cass. 2e civ., 13 mai 1987 : Bull. civ. 1987, II, n° 112 ; RTD civ. 1988, p. 181, obs. R. Perrot).* »

[284] Sur le fondement du droit commun de la propriété littéraire et artistique (voir articles L 331-1 et suivants du CPI).

[285] Loi 2009-669 du 12 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, JO 13 juin, p. 9666.

[286] Voir dans ce sens 1ere Civ. 06 juil. 2017, note C. LE GOFFIC, *Décision Allostreaming : la cour de cassation valide l'imputation du blocage aux intermédiaires techniques*, D. 2017 p. 2016.

sur la nécessité de faire cesser un « trouble manifestement illicite »[287] ou sur la prévention d'un « dommage imminent » afin que le juge des référés s'il s'estime régulièrement saisi, prenne toutes les mesures conservatoires nécessaires à la cause[288] - que ce trouble soit fondé par la contrefaçon de l'algorithme. Toutefois, même si le juge décide de faire droit à la demande de l'ayant droit et de bloquer le site internet, celui-ci peut être dupliqué sur une autre adresse URL et par conséquent être répliqué à l'infini.

Cette technique – dite du « site miroir »[289] entraîne donc une augmentation du contentieux au niveau du référé entraînant par conséquent une diminution de l'examen des juges quant au bien-fondé des requêtes du titulaire des droits avec un octroi immédiat à leur demande. Une telle systématisation entraîne donc les risques de dérive actuelles au droit d'auteur avec l'utilisation des *copyrights bots* dont l'objet est de déterminer si une œuvre est originale ou une contrefaçon avant toute publication en ligne. Dans notre hypothèse, et même si le divulgateur du code source enfreint la loi, la volonté du contrefacteur reste d'alerter l'opinion publique, voire l'intérêt du juge étatique. Or de tels requêtes empêchent tout débat sur le fond en ne se contentant que d'apprécier *a priori* l'existence dudit « *trouble manifestement illicite* » constituée par la contrefaçon.

2) la difficile admission de ce type de preuve dans des instances civiles et pénales

La question de la force probante et des modalités d'admission de ces informations sont des questions pertinentes en notre hypothèse. En effet, la problématique d'une divulgation d'un algorithme ou d'une base de données qualifiées à l'insu de l'ayant-droit/producteur/possesseur à la libre disposition du public entraîne des questions procédurales dès lors que les éléments divulgués sont susceptibles d'être générateurs de contentieux ou d'étayer les preuves de parties à un procès. Tout d'abord se pose la question du domaine juridique dans lequel l'information est produite. En effet, en fonction de la matière du droit abordé, la finalité de la preuve varie.

---

[287] Article 809 al.1 du Code de Procédure Civile « *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.* »

[288] Article 809 al.1 du Code de Procédure Civile « *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.* »

[289] Dans ce sens voir B. BARRAUD, *La crise de la sanction*, RLDI, 01 juil. 2016, n°128, *les « sites miroirs » permettent de contourner les retraits de noms de domaine et les déréférencements ordonnés par la justice : l'adresse web disparaît, mais le service illicite demeure, changeant simplement de nom de domaine ou même uniquement d'extension géographique. Par exemple, <Thepiratebay>, portail de Bit Torrent permettant d'innombrables infractions aux droits de propriété, a choisi l'extension <.gl> (Groenland) et, lorsque les autorités danoises l'ont bloqué, a migré vers l'extension <.se> (Suède), si bien qu'il reste et restera encore longtemps très aisément accessible - avec la « complicité » des moteurs de recherche. En outre, le site <themirrorbay.com> propose une liste d'une vingtaine de sites miroirs permettant d'accéder à Thepiratebay* », dans le même sens voir J.-P. FOEGLE, *les Paradise Papers ou les paradoxes d'une transparence ubérisée*, RDH, 11/2017, disponible sur http://journals.openedition.org/revdh/3475 (dernière consultation le 28/02/2018).

Ainsi pour reprendre les propos de M. le Professeur LAGARDE « *Au regard de la société, le juge civil est avant tout un pacificateur de telle sorte que la demande de vérité provient seulement des parties au litige et, éventuellement, de leurs ayants droits. Dès lors, il n'y a rien d'incohérent à ce que le juge renvoie les parties à leur responsabilité et les invite à faire le nécessaire aux fins de satisfaire cette demande. D'autant plus que bien souvent, le juge ne sera pas mieux armé que les parties ; la « traçabilité » des litiges privés (...) ne s'étend qu'assez rarement au-delà du cercle des plaideurs. Cette conception de l'office du juge civil n'est pas transposable à la matière criminelle. Celle-ci intéresse la société dans son ensemble de telle sorte que si tout le monde veut connaître la vérité, cette dernière doit être la même pour tout le monde. Le juge répressif n'a donc d'autre possibilité que de répondre à une demande d'absolu. Et pour satisfaire cette demande, il ne peut compter sur les seules parties; en effet, à défaut de préconstitution de la preuve, il n'y aura que la parole des parties, exploitable dans la seule hypothèse d'un aveu.* »[290]. En somme, le juge civil répond à un litige ne touchant que les parties – théoriquement maîtresses des tenants et aboutissants de leur contentieux, là où le juge pénal répond à un besoin sociétal allant au-delà des « simples parties ». Par conséquent, il ne peut se reposer sur elles pour l'obtention des preuves et, comme nous le verrons, ceci entraîne donc une tolérance quant à l'origine de la preuve.

La branche civile est traditionnellement réticente à la réception de preuves acquise à l'insu d'une partie. Cette dernière est considérée comme déloyale et donc contraire aux dispositions de l'article 6 de la CESDH devenant un principe général du droit[291]. Ce caractère déloyal est d'autant plus présent qu'il provient d'une contrefaçon réalisée par un tiers au procès dans un cadre externe au procès. Plus précisément, la collecte d'une preuve informatique (r)est(e) de la compétence d'un expert dûment nommé par le juge compétent sur le fondement de l'article 232 du CPC et dont l'expertise sera réalisée dans le respect de l'article 160 du CPC c'est-à-dire sous le principe du contradictoire[292].

Sans chercher à encenser la fonction des experts, ces derniers sont présumés être des tiers indépendants[293] oeuvrant pour faire manifester une vérité scientifique. L'obtention de cette « vérité judiciaire » se manifeste par une procédure contradictoire concomitante à sa

---

[290] Voir X. LAGARDE, *Finalités et principes du droit de la preuve – ce qui change*, JCP G, 27/04/2005, n°17, doct. 133.

[291] Dans ce sens voir Ass. Plén. 07 nov. 2011 n°09-14.316 et 09-14.667, « *Vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6§1 de la CESDH et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve* », dont l'espèce se rapproche quelque peu de notre problématique. Le contentieux portait sur un délit en droit de la concurrence où l'une des parties avait communiqué des enregistrements effectués à l'insu de ses adversaires au Conseil de la Concurrence prouvant leur implication respective dans des pratiques déloyales.

[292] Civ. 1re, 21 juill. 1976, Bull. civ. I, n° 278. - Civ. 2e, 20 déc. 2001, n° 00-10.633.

[293] Dans ce sens, voir Cass. 1ere Civ. 06 juil. 2000, *Institut de France c. Sté Wang*, note J.-C. GALLOUX, RTD Com. 2001 p. 85 « *l'article 6 (1) de la CEDH fait obstacle à ce que, dans le cadre d'une saisie-contrefaçon autorisée sur le fondement de l'article L 332-4 du CPI et laissant le requérant libre de choisir l'expert prévu pour assister aux opérations, l'expert en question soit le représentant du requérant.* »

découverte[294] et répond donc à certaines règles de l'art[295] assurant ainsi son impartialité. Cette impartialité offre la conviction du juge de saisir une vérité technique non déformée pour les besoins d'une partie. Et c'est à ce niveau où l'utilisation d'un algorithme ou d'une base de données qualifiées divulgué(e) sur un site Internet peut être problématique pour un juge de l'ordre civil.

La publication de ce bien informationnel est d'autant plus problématique d'un point de vue probatoire que sa divulgation n'étant pas contrôlée, son authenticité peut être contestée. Son authenticité peut, par contre, être avérée par les actions de contrefaçon mises en branle dans les conditions énoncées plus tôt[296]. En effet, nous nous situerions dans une sorte d'estoppel[297] entraînant ainsi une reconnaissance tacite du code contrefaisant par l'éditeur[298]. Dans cette hypothèse, il ne fait aucun doute que la responsabilité de l'éditeur soit engagée.

La réponse est moins certaine dans l'hypothèse inverse. En effet, l'absence de reconnaissance par l'éditeur laisse donc planer le doute sur l'authenticité du code divulgué illicitement. La « paternité » du code « hacké » ne pouvant pas être directement attribué à la société éditrice, il semblerait impossible qu'une violation d'un quelconque droit généré par l'utilisation ce code puisse tout d'abord un intérêt à agir devant le juge civil. En effet, dans une telle hypothèse, certes l'intérêt du grand public sera suscité mais celui-ci ne fondera pas pour un droit d'agir en justice. En effet, et comme le rappelle M. le Professeur N. CAYROL[299], les juges ont su faire pression sur le législateur pour obtenir les fins de non-

---

[294] Sur ce point, voir la jurisprudence listée par F. FERRAND, sous ENCYCLOPEDIE DALLOZ, PROCEDURE CIVILE PREUVE, décembre 2013, mise à jour janvier 2018, §.443.

[295] Voir dans ce sens A. ROBERT, *La responsabilité civile de l'expert judiciaire*, D. 2013, p. 855, « *En application du concept de '' bon père de famille '', il appartient aux juges du fond de rechercher si, dans l'exécution de sa mission, l'expert '' s'est comporté comme l'aurait fait un expert moyennement consciencieux, diligent et attentif, ou si, au contraire, il s'est rendu coupable d'erreurs, omissions, dénaturations ou silence '' (Paris, 30 mars 1965, préc. ; V. aussi Nancy, 27 janv. 2011, préc., jugeant que la responsabilité de l'expert '' peut être engagée (...) à raison des erreurs techniques affectant ses conclusions, erreurs qu'un expert normalement avisé, consciencieux et attentif n'aurait à l'évidence pas commises'' ; Caen, 18 juin 1992, Juris-Data, n° 1992-048512, aux termes duquel la faute est caractérisée si l'expert commet une ''erreur ou une négligence que n'aurait pas commise un technicien avisé et prudent''*) ».

[296] Voir dans ce sens, A.-S. LAMPE et S. LERICHE, *Contrefaçon de logiciel, exception de décompilation et contournement des mesures techniques de protection : l'affaire Nintendo ou la difficulté de la preuve au secours des distributeurs de linkers*, RLDI 2010, n°57, qui rappellent que la société Nintendo avait refusé de produire aux débats les codes sources litigieux nécessaires à qualifier la contrefaçon. En effet, la société craignait de voir lesdits codes servir de contrefaçon.

[297] Voir dans ce sens F. FERRAND, sous ENCYCLOPEDIE DALLOZ, PROCEDURE CIVILE PREUVE, décembre 2013, mise à jour janvier 2018, § 486 « L'interdiction de se contredire aux dépens d'autrui a parfois été dénommée *estoppel* par la Cour de cassation dans des décisions en matière d'arbitrage ; l'*estoppel* est une institution de *common law* tendant à sanctionner le comportement contradictoire d'une partie ayant fait naître une fausse représentation chez l'adversaire. »

[298] Par honnêteté intellectuelle, il serait possible pour l'éditeur de ne se contenter que d'arguer d'une contrefaçon de sa marque sur le fondement de l'article L 713-3 du CPI. En effet, la marque a pour objet d'attribuer un produit à un producteur.

[299] ACTION EN JUSTICE, REPERTOIRE DALLOZ, Mai 2013 (màj septembre 2017) §§25-26

ayant entraîné la contrefaçon. Celui-ci reste donc soumis au droit commun de la contrefaçon avec les risques de se voir condamner sur les différents fondements susmentionnés.

Ainsi l'ouverture de l'article 6 de la loi SAPIN 2 aux tiers des structures permettraient une meilleure vision des citoyens quant aux logiciels qu'ils emploient. Sans même aller jusqu'aux citoyens une telle faculté d'examiner le code fait par un tiers offrirait aux AAI responsables de certains domaines, les armes nécessaires dans leur action en leur permettant de passer outre les fins de non recevoir demandés non officiellement à leur service juridique. En effet, à l'ère où la question de la transparence apparaît, à l'ère où le code informatique devient une question primordiale dans l'éducation du jeune public, le maintien d'une sphère obscure à laquelle nulle à part le titulaire des droits n'a accès, tient de l'aberration sociétale. De plus, rappelons que ce titulaire des droits est animé par une volonté de valorisation et d'optimisation pécuniaire.

Cette zone d'obscurité lui offre une possibilité absolue à l'insu des pouvoirs publics qui le citent comme exemple de réussite. Certes des collectifs se montent pour analyser les données entrantes et sortantes en essayant d'interpréter les effets du logiciel, néanmoins de leur propre aveu, cette analyse n'éclaire guère plus. Enfin soulignons qu'il n'est guère souhaitable que nous attendions que les lanceurs d'alerte proviennent de ces acteurs de plus en plus prépondérants et présents dans notre société. Ces acteurs économiques, personnes morales de droit privé animés par le lucre et sans la moindre transparence, sont appréhendés à la fois par nos Etats démocratiques comme des rivaux et des partenaires.

2. Bonne foi du lanceur d'alerte

Par Jean-Philippe Foegle, Khaoula Benmansour, Sandra Charrière-Petit et Karim Ben Kahla

L'effectivité de l'accès au statut de lanceur d'alerte paraît compromise par la définition très exigeante de la notion de « bonne foi » du lanceur d'alerte. En effet, l'article 6A précise que le lancement d'alerte doit être opéré « *de manière désintéressée et de bonne foi* ». Or, cette notion voit traditionnellement ses contours déterminés par l'article 226-10 du code pénal, qui définit la dénonciation calomnieuse comme la « *dénonciation, effectuée par tout moyen (...) d'un fait (...) que l'on sait totalement ou partiellement inexact* », la portion de phrase « de manière désintéressée » paraît subjectiver cette notion.

Or, si cette conception subjective de la bonne foi reflète la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, elle ne paraît guère convaincante en l'état. La notion de « *bonne foi* » entendue en ce sens est problématique en ce que la légitimité d'un déclenchement d'alerte ne tient pas tant à un élément subjectif – l'intention du lanceur d'alerte – qu'à un élément objectif, l'intérêt pour la société de la divulgation de

l'information en question. Au Royaume-Uni, c'est d'ailleurs pour cette raison que l'article 18 de l'*Enterprise and Regulatory Reform Act* de 2013 a supprimé, au sein du *"Public Interest Disclosure Act"* de 1998, la condition de "bonne foi" du lanceur d'alerte, ce qui conduira à l'avenir à se focaliser sur l'intérêt public de la divulgation (*public interest test*) . C'est pour cette raison que le rapport de faisabilité avait estimé qu'un signalement de « *bonne foi* » devrait être défini « *comme un signalement ayant été* fait « honnêtement », *et les auteurs de signalements devraient être présumés de bonne foi* jusqu'à preuve du contraire ».

En l'état, l'incertitude sur la manière dont devrait être interprété le terme, au demeurant extrêmement flou, de "manière désintéressée" fragilise le statut du lanceur d'alerte, et cristallisera sans doute nombre de contentieux. Or, comme l'a souligné Robert Vaughn, le caractère accidentel et subversif est incompatible avec cette conception car en pratique, les motivations du lanceur d'alerte seront toujours complexes et comporteront nécessairement leur part d'ombre, qui sera exploitée par ceux que le lanceur d'alerte dérange afin de leur dénier le bénéfice d'une protection. L'ambiguïté des motivations du lanceur d'alerte est l'on ne peut mieux exprimée par l'expression de « narcissisme moralisé » employée par le philosophe Claude Alford[307]. Ayant travaillé aux côtés de lanceurs d'alerte pendant plusieurs années afin de sonder leurs motivations, celui-ci a souligné que ceux-ci étaient marqués par un degré élevé de conscience morale, mais également, paradoxalement, par un fort narcissisme, condition sine qua none pour oser passer à l'acte et lancer l'alerte

Dans ce cadre, il paraît plus pertinent de calquer la notion de bonne foi sur celle des « motifs raisonnables » auxquels fait référence, en matière de droit de retrait, l'article L. 4131-3 du code du travail[308]. Celui-ci est doublement conçu comme, d'une part, *comme « un **motif raisonnable** de se croire face à un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé »* puis, une fois l'alerte donnée et une inspection diligentée, comme *« un **motif** objectif de danger grave et imminent »*[309]. Il y a donc ici un raisonnement en deux temps.

La bonne foi comme croyance objective et raisonnable de se trouver dans face à une situation illégale ou dangereuse est d'autant plus pertinente qu'elle est également prépondérant aux États-Unis, où les juges font appel au standard du *« reasonable man »* pour apprécier la bonne foi du lanceur d'alerte. Ce caractère *« objectif et raisonnable »* de la croyance de se trouver face à une situation illégale ou dangereuse se laisse en effet également à voir aux États-Unis, où les juges font appel au standard du *« reasonable man ».* Il s'agit alors de faire appel à un hypothétique observateur extérieur, supposé « raisonnable », et d'examiner si celui-ci pourrait parvenir aux mêmes conclusions que le

---

[307] Fred Alford, *Whistleblowers: Broken lives and organizational power,* Ithaca, Cornell University Press, 2002

[308] « Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux. «

[309] CHAUMETTE (P.), « Droit de retrait. Danger grave et imminent. **Motif raisonnable** (oui). Obligation de sécurité de résultat. Nullité du licenciement « *Droit social* 2009 p. 489

lanceur d'alerte s'agissant de la qualification de la situation dénoncée. Dans le cadre de l'Energy Reorganization Act (ERA), cette notion est entendue comme dépendant, de la même manière, du fait de savoir *« si la croyance [de se trouver dans une situation de danger] pourrait apparaître légitime aux yeux d'un homme raisonnable, en tenant compte du niveau d'expérience et de compétences du salarié »*[310].

Il s'agit de faire appel à un hypothétique observateur extérieur, supposé *« raisonnable »*, et d'examiner si celui-ci pourrait parvenir aux mêmes conclusions que le lanceur d'alerte s'agissant de la qualification de la situation dénoncée. Définissant ce que constitue une illégalité *« triviale »* au sens du Whistleblower Protection Act, les juges ont ainsi estimé que, si le lanceur d'alerte signale ce qu'une personne raisonnable considérerait comme une illégalité *« [...] manifestement mineure et commise par inadvertance par un agent public remplissant par ailleurs ses obligations de manière consciencieuse «*, alors ce signalement *« ne saurait être protégé »*[311] .

Dans le cadre de l'ERA, cette notion est entendue comme dépendant, de la même manière, du fait de savoir *« si la croyance [de se trouver dans une situation de danger] pourrait apparaître légitime aux yeux d'un homme raisonnable, en tenant compte du niveau d'expérience et de compétences du salarié »*[312]. Ce standard d'appréciation a au demeurant été exprimé de la manière la plus *« doctrinale »* par le circuit fédéral en 1999 dans une affaire qui concernait l'appréciation de la notion d' *« erreur grave de gestion »* au sens du WPA. Selon la Cour, la question à se poser pour apprécier la bonne foi du salarié est la suivante : *« Un homme raisonnable peut-il, au vu d'éléments de fait facilement accessibles et connus du salariés, conclure que l'action du gouvernement constitue une « erreur grave de gestion »* ?[313].

Cette notion correspond de plus à la notion de *« preuve substantielle »* telle qu'interprétée par la Cour suprême Américaine, qui parle de preuve *« qu'un esprit raisonnable pourrait concevoir comme suffisante pour en parvenir à une conclusion unique »*[314]. A l'avenir, comme l'indique le rapport du comité des affaires intérieures du Sénat Américain[315], les juges du Circuit fédéral ne devraient exiger des lanceurs d'alerte qu' *« une croyance raisonnable que les informations divulguées prouvent l'existence d'un comportement prohibé ».* La bonne foi du lanceur d'alerte apparaît donc relativement aisée à établir.

*

[310] *Pennsyl v. Catalytic, Inc.*, 83-ERA-2 (Sec'y Jan. 13, 1984)
[311] Drake v. Agency for International Development, 543 F.3d 1377, 1381,Fed. Cir. (2008).
[312] *Pennsyl v. Catalytic, Inc.*, 83-ERA-2 (Sec'y Jan. 13, 1984)
[313] Lachance v. White, 174 F.3d 1378, 1381 (Fed. Cir. 1999)
[314] Richardson v. Perales, 402 U.S. 389, 401 (1971).
[315] S.Rep. 112-155 , p.9

Peu convaincante, la subjectivisation de le notion de « bonne foi » du lanceur d'alerte l'est d'autant moins que les recherches menées par Khaoula Benmansour, Sandra Charrière-Petit et Karim Ben Kahla dans le cadre de la présente étude auprès de cadres du secteur bancaire démontre l'extrême diversité des motivations des lanceurs d'alerte, qui peuvent être multiples et ne correspondent pas toujours à l'idéal type du lanceur d'alerte n'agissant que dans le but exclusif de défendre l'intérêt général

*

La motivation des lanceurs d'alerte. Etude de cas des cadres administratifs bancaires en France »

Par Khaoula Benmansour, Sandra Charrière-Petit et Karim Ben Kahla

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « Sapin II » apporte une protection du lanceur d'alerte en France. La promulgation de cette loi vient en réponse à une harmonisation du socle juridique européen. Une consolidation qui, au-delà de la zone européenne, s'ajoute à un arsenal juridique « globale » : la loi Sarbanes-Oxley (2002) aux États-Unis, les normes comptables internationales IAS/IFRS ou « soft law », consignés, à titre d'exemple, dans les normes ISO 26000, les accords de Bales I, II, III, les dix principes de Nations Unies (16 ODD) ou encore les principes directeurs de l'OCDE (Deslandes, 2012 ; Etherington, et Lee, 2007). De même, la « bonne foi » ou « l'intérêt général », sont présumés inhérents à l'action de l'alerte éthique. Toutefois, cette loi a suscité des interrogations en relation avec la notion de « secret des affaires » qui ouvrait aux entreprises des possibilités accrues d'engager des poursuites pénales contre les lanceurs d'alerte (Managers, Journalistes, Médecins, Avocats, Défense, Travailleurs sociaux).

En effet, cette notion suppose une combinaison d'informations, sans définir la limite entre la protection des données d'intérêts généraux et industriels ? Ainsi, la question du point d'équilibre adéquat entre « secrets industriels » ou « d'affaires » et la protection des lanceurs d'alerte se pose de façon immanente. À ce propos, la révélation du secret professionnel en droit français est jusqu'à présent considérée comme un délit, une infraction pénale en vertu de l'article 378 du Code pénal. Par ailleurs, la relation « patient-malade » est particulière de par l'acte médical qui crée en soi le « secret médical » (Foucault, 1963).

Les observations suivantes démontrent la difficulté du lancement de l'alerte dans des secteurs sensibles de la fonction publique telle que la protection de l'enfance, les centres d'immigrés, et le secteur de la santé. De ce fait, la saisine des défenseurs des droits de l'homme est l'organe désigné par la loi « Sapin II » afin d'engager des procédures de protection des lanceurs d'alertes. Cet organisme a permis de faire face au manque de

méthode qui nuit au lancement d'alerte, or petit à petit il existe des étapes : 1-alerte interne, 2- externe, 3-la place publique (ex les délais « raisonnables » de la réponse) (Sapin II).

Aussi, le regard du gestionnaire ou du manager s'avère important dans la mise en place de la méthode efficace et efficiente afin de promouvoir l'alerte notamment dans le monde professionnel. À ce propos, Brasseur (2008) affirme qu'il devient difficile de prôner l'universalité des modèles de gestion dans le contexte d'une organisation multiculturelle. Elle remarque, en citant les travaux de Bollinger et Hoftstede (1987) ainsi que d'Iribarne (1993) (*in* Kamdem, 2002), que « les manières de gérer » les hommes et les organisations doivent tenir compte « des particularités nationales ». En se substituant à la société, l'organisation développe une éthique, une hiérarchie, des règles, des normes et des valeurs, qui guident ou codifient le comportement afin d'éviter toute déviance (Kaptein, 2011).

L'apport de cette étude est de comprendre les motivations des lanceurs d'alerte auprès de professionnels français. Sachant que le whistleblower subit « *la loi du silence qui fait porter l'opprobre envers celui qui dénonce et l'évince de la communauté de travail* » et subit les *« représailles exercées par son manager ou par des collègues* » (Charreire-Petit et Surply, 2008). À ce propos Schehr (2008) dénonce les « *enjeux symboliques et microsociologiques* » qui font face à l'application de ce concept managérial au sein des organisations. Cependant, quelles sont les raisons qui poussent un salarié, constatant une déviance, à choisir, entre protéger l'intérêt de l'organisation, en devenant un lanceur d'alerte, ou se taire protégeant ainsi une personne et subir l'« Omerta » (la loi du silence) ? Quelles sont les variables qui incitent les individus à choisir entre « l'intérêt personnel » et l'« intérêt de l'organisation » ? Pour cela nous avons interrogé des cadres dans ces bancaires français.
Nous reformulons notre problématique sous la forme d'une question : « Quelles sont les motivations des « cadres » lanceurs d'alerte lors de leur « passage à la parole ? »

Nous allons dans un premier ordre, définir les concepts développés par la littérature afin de définir la gestion du whistleblowing et la posture managériale des lanceurs d'alerte. Dans un second ordre, nous exposerons notre étude exploratoire, en présentant des données primaires et secondaires produites par des techniques de recherche telles que l'observation non participante, l'analyse de contenu et les entretiens semi-directifs. Enfin, nous analyserons les résultats en proposant une lecture de ces derniers à la lumière des propositions théoriques émises en première partie.

I.Le Management du whistleblowing

À ce propos, les propositions théoriques développées abordent le management du whistleblowing dans le sillage d'une littérature managériale marquée par la Business Ethics. Cet intérêt s'explique par la volonté des entreprises d'honorer les contrats tacites, qui les

lient à leurs partenaires, leurs salariés et à toutes les parties prenantes engagées (Mauléon et Saulquin, 2009 ; Tumasjan et al, 2011 ; Chandler, 2009). Ainsi, Mauléon et Saulquin (2009) affirment que les managers légitiment les pratiques éthiques au sein des entreprises afin de répondre aux intérêts des parties prenantes de l'entreprise (Mercier, 1996). Le whistleblowing est une « nouvelle pratique » managériale qui remet en cause les schémas et les normes éthiques au sein de l'organisation.

Nous concevons alors cette technique en tant qu'innovation qui bouleverse les conceptions et les usages au sein de l'organisation. En effet, Alter (2007) affirme que l'innovation porte des valeurs qui transgressent les règles en vigueur « *l'innovation entre en conflit avec l'ordre* » (*in* Babeau et Chanlat, 2011). Hassink, et al. (2007) précisent que le whistleblowing est un acte de dissension qui risque de bouleverser les relations « manager-managé » (2007, p. 28). De même, Charreire-Petit et Surply (2008) montrent que l'image renvoyée par le whistleblower est négative. Il est perçu par les acteurs organisationnels comme ayant la volonté de nuire. Nous retrouvons, dans la littérature managériale américaine, cette image négative. En effet, Hersh (2002) dans un article intitulé « Whistleblowers : heroes or traitors ? Individual and collective responsibility for ethical behavior » affirme que les whistleblowers sont perçus, comme des traitres, car ils dénoncent des faits et des évènements en rapport avec leurs collègues et leur lieu de travail (Dasgupta et Keshwarwani, 2010).

Ainsi, la transgression, la délation, la trahison, le manque de loyauté sont autant d'obstacles éthiques et culturels qui font face à la mise en place du dispositif d'alerte professionnelle éthique. Schehr (2008) évoque une sociologie de l'alerte et des lanceurs d'alerte. Lorsque le whistleblower fait son « *coming out* » au sein de l'organisation, il est souvent « décrédibilisé » par ses collègues. Tous les synonymes sont bons pour qualifier son acte de « *trahison* » et de « *révélateur* » (Hersh, 2002). De même, la « situation de trahison » est vécue comme « une crise » au sens de Berger et Luckman (1991, p. 213). Assimilée à la transgression, la dénonciation ouvre la porte à des représailles et à des sanctions. La première action, faite par le lanceur d'alerte, est d'informer son encadrement. Si ce dernier ne prend pas position, alors le whistleblower se dirige vers d'autres instances. Selon Simmel (2013 ; 2008) et Ben Yehuda (2001), chaque entité sociale développe un « Nous » qui représente un construit, un vécu social où sont développées des attentes, une confiance et une loyauté qui font de toute séparation une trahison envers le groupe. Ainsi, la dénonciation est vécue comme une transgression des limites ou des frontières qui ouvrent la voie à des représailles ou des sanctions (Berger et Luckerman, 1991). *A contrario*, Miethe (1998 *in* Miceli, et Near, 2002) stipule que l'alerte devient essentielle pour exposer les fautes et les dysfonctionnements professionnels. Schehr (2008) élabore une analyse basée sur des enjeux symboliques et microsociologiques qui caractérisent la dénonciation. Ainsi, la transgression, la déviance, la délation sont autant de termes qui renvoient aux whistleblowers et à l'organisation même si l'action est justifiable.

recevoir *in limine litis*[300]. En effet, il serait difficile pour le plaideur – personne physique individuelle – de se prévaloir d'une divulgation d'un code non attribué comme fondement juridique pour exercer une action civile en réparation à l'égard de l'éditeur. M. CAYROL rappelle en effet que l'intérêt direct et personnel du demandeur est une exigence procédurale[301] avant de déclarer *in fine* que « *Le juge ne se prononce pas sur des rumeurs* ». L'exigence d'intérêt direct et personnel serait d'autant plus difficile à constituer l'intérêt à agir requis, que l'utilisateur d'un tel algorithme devrait prouver l'insertion de celui-ci dans sa version de logiciel et que cette utilisation lui a provoqué un dommage certain et non hypothétique. Par conséquent une telle action menée par une personne physique individuelle devant le juge civil aurait peu de chances d'aboutir positivement. A l'inverse, une action faite par une association agréée aurait plus de chance à aboutir.

A l'inverse, Mme la Professeure FERRAND rappelle que la victime pénale dispose de la possibilité de produire une preuve déloyale si celle-ci lui permet d'accéder à la justice[302]. En vertu de l'article 427 du Code de procédure pénale, les preuves recueillies de façon illicite ou déloyale sont soumises à l'appréciation de la valeur probante du juge sans pour autant être systématiquement écartées[303]. La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation va jusqu'à imposer au juge d'instruction de ne pas refuser de joindre des documents probatoires illicites dès lors que ceux-ci constituent que des moyens de preuve soumis au contradictoire[304]. L'appréciation de la force de la preuve produite se fait ultérieurement par le juge pénal. L'utilisation de documents captées par un tiers lors d'une procédure pénale n'est pas considérée comme des actes ou des pièces de l'information[305] mais comme des moyens de preuve soumis au contradictoire. Ainsi il a été jugé que la transcription de ces enregistrements dans le cadre de la procédure à des fins de « matérialiser le contenu » ne peut faire l'objet d'une annulation[306]. Un tel traitement de la preuve démontre une volonté de satisfaire le besoin d'intérêt général qu'est la justice. La divulgation du code source par le contrefacteur peut être un élément susceptible d'enclencher une procédure pénale à l'encontre de l'éditeur de logiciel.

Néanmoins, la production d'une preuve actionnant la responsabilité pénale de l'éditeur n'entraîne pas pour autant un blanc-seing au contrefacteur, et ce quelle que soit la raison

---

[300] Id. §25. « *La Cour de cassation voulut alors introduire entre les défenses au fond et les exceptions de procédure, une troisième catégorie de moyens de défense qui, sans toucher vraiment au fond du droit, pouvaient être soulevés sans grief à tout moment de la procédure (Civ. 17 avr. 1866, S. 1866. 1. 284.* ».

[301] Id. §356.

[302] Crim. 11 juin 2002, no 01-85.559.

[303] De jurisprudence constante « *les juges répressifs ne peuvent écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante* » Crim. 26 avr. 1987, Bull. crim. 173, Crim. 27 janv. 2010, no 09-83.395 , voir aussi, Crim. 17 févr. 2010, no 09-81.736

[304] Crim. 30 mars 1999, no 97-83.464.

[305] Article 170 du Code de Procédure Pénale « En toute matière, la chambre de l'instruction peut, au cours de l'information, être saisie aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure par le juge d'instruction, par le procureur de la République, par les parties ou par le témoin assisté. »

[306] Crim. 31 déc. 2012 no 11-85.464 et Crim. 7 mars 2012, no 11-88.118.

II. La motivation des lanceurs d'alerte

Dans un article, consacré à la revue de la littérature dans le domaine du « whistleblowing », Dasgupta et Kesharwani (2010) avancent trois raisons qui pousseraient le whistleblower à lancer une alerte. La première serait d'ordre altruiste et éthique, le lanceur d'alerte n'est concerné que par le bien-être des autres, « *the well-being of others* » (Vandekerckhove et Commers, 2004), la seconde raison serait plutôt d'ordre psychologique ou motivationnel, à savoir les techniques de « *reporting of wrong doing* » et enfin, le whistleblower obéirait à une stratégie de jeu organisationnelle en dénonçant un acte déviant (Crozier, et Friedberg, 1992). Dans l'approche américaine, « *on distingue les compétences essentielles à l'activité de travail (« hard compétences » savoir et savoir-faire)* » et « *compétences différentielles* » à savoir les « *soft compétences* » (savoir-être, conception de soi, traits de personnalité, motivations) (2009, p. 13).

Ainsi le facteur compétence est un agrégat de paramètre d'évaluation dans une situation donnée, à un moment donné « *le consensus porte sur l'idée que la compétence est une combinaison de ressources en situation (Défélix et al, 2006)* » (Bartel, et Redic, 2009, p. 13). En effet, Bratel-Radic (2009) définit la compétence culturelle « *comme la capacité de comprendre une culture précise et de s'y adapter relativement, en élargissant son spectre d'interprétation et d'action* » (2009, p. 16). De même, l'homme « *multiculturel* » repris par Sparraw (2000, p. 173) définit la compétence comme une possibilité de s'adapter à des environnements culturels différents de sa culture personnelle grâce à certains traits de personnalités tels que « *l'ouverture d'esprit et l'extraversion* » (Bartel-Redic, p. 16). Ce qui incite, Bartel-Radic (2009) à synthétiser des outils « psychotechniques » servant à évaluation de la compétence multiculturelle : « *performance passée* », « *verbalisation de la compétence interculturelle* », « *assimilateur de culture* », et « *échelle de mesure des traits de la personnalité* » (2009, p. 16).

III. La motivation des lanceurs d'alerte : synthèse de l'étude de cas des cadres administratifs de trois banques françaises.

La littérature managériale met l'accent sur la prépondérance du rôle des hauts cadres dans l'intuition ou l'adoption de processus innovants « au sein des organisations, les innovations semblent être parallèles *à trois choix stratégiques (Miles & Snow, 1978) faits par les hauts-cadres préoccupées par des produits innovants et des processus technologiques nouveaux* [316]» (Hoffman, et Hegarty, 1993, p 550).

---

316 *"Within organizations, innovations seem to parallel the three strategic choices (Miles & Snow, 1978) made by top managers concerning new or improved products, technological processes »* (Hoffman, et Hegarty, p. 550).

À cet effet, nous souhaitons exposer les motivations des lanceurs d'alerte auprès de 21 cadres administratifs qui ont alerté leur hiérarchie à un moment de leur carrière. Les banques concernées par notre étude sont : que nous nommerons « banque 1 », « banque 2 » et « banque 3 ». Dans un second ordre, nous exposerons notre étude exploratoire, en présentant des données primaires et secondaires produites par des techniques de recherche telles que l'observation non participante, l'analyse de contenu et les entretiens semi-directifs :

Documents analysés	Nombre	Volume
Entretiens et observations	21 entretiens + 3 jours d'observation non participante	100 p + 33 p = 133 pages
Rapports, codes éthiques, documents publics	Codes éthiques et Statut des banques Rapport « Intégrité et lutte contre la corruption » de 2016- 2017	60 pages
TOTAL	3 Jours de présence sur le terrain	193 pages

Tableau n°1 : Etat des lieux du travail de terrain et de la collecte des données

Plus généralement, nous observons que les motivations d'une politique d'entreprise en stratégie typique sont de deux ordres : soit le résultat d'une « vision», de l'intuition des leaders d'une organisation ou des dirigeants (Shumpeter, 1935) soit elles obéissent à un « mimétisme» inspiré, selon Pareto par « *la coutume* » (1916, *in* Alter ; Hoffman, et Hegarty, 1993). Alter (2003) illustre cette affirmation par l'exemple suivant « *j'investis dans l'immatériel parce que mes homologues font de même* » (2003, p. 73). Nous reprenons les propositions de recherches que nous avons développées à partir de notre littérature dans le tableau suivant :

Les proposions de recherches émises	Enonciation des propositions de recherche
Proposition n° 1	Le lanceur d'alerte est motivé par la formation et la consolidation de ses connaissances du processus de lancement de l'alerte et de la loi.
Proposition n° 2	Une perception de l'intérêt général et des enjeux publics
Proposition n° 3	Le lanceur d'alerte est animé par un sentiment éthique et moral. (Dasgupta et Kesharwani, 2010)
Proposition n° 4	Le sentiment d'injustice pousse le lanceur d'alerte au « passage à la parole ». (Vandekerckhove et Commers, 2004)
Proposition n° 5	Les cadres sont amenés à signer des clauses de confidentialités, mais aussi d'obligation à déclarer les actes non éthiques observés sur les lieux du travail.

Proposition n° 6	Les motifs de dénonciation peuvent être aussi ceux des récompenses morales ou financières que nous retrouvons dans le contexte professionnel anglo-saxon. (Crozier, et Friedberg, 1992)

Tableau n°2 : Récapitulation des propositions de recherches

L'éventualité « Exit » est une posture décrivant les cadres ressentant de l'« *insatisfaction* » et jugeant que l'organisation est inapte à prendre en considération leurs demandes de changement (Leck et Saunders, 1992, p. 220). Toutefois, lors de notre recherche, nous n'avons pas pu mesurer l'incapacité de pouvoir influencer les normes et les valeurs car les interviewés sont par essence des cadres qui ont choisi de rester au sein de leur banque, donc dans une posture de « Loyalty ». De même, Hirschman (1970) observe « *en l'absence de sentiment de loyauté, "exit" ne représente aucun coût* [317]» (1970, p. 82). L'action « Exit » suppose un « homo economicus » qui conçoit les actions organisationnelles dans un schéma rationnel marqué par le calcul (Hoffmann, 2006). Nous observons qu'un certain calcul de « coût » intervient dans le choix de rester au sein de l'organisation ou de partir. Aussi, les consultants interrogés sont de fait des « acteurs » qui privilégient la posture « Loyalty » à la posture « Exit ».

Les stratégies de l'innovation initient des changements de valeurs, voire des inversions dans la conception des normes qui régissent les « cycles de l'innovation » au sein de l'organisation (Alter, 2006). Cette remise en cause des protocoles de travail, de conception des actions collectives et individuelles, émanant aussi bien de stratégies individuelles que de stratégies organisationnelles, nous amène à (re)penser la fonction de l'innovation au prisme de la pensée de Alter (2006) et du management stratégique (Jansen, 2005).

Cette sensibilisation implique l'apprentissage dans sa dimension cognitive et pratique, à savoir l'organisation de formations, briefings, coaching, mais aussi dans leur périodicité ou leur occurrence « *épisodique, occasionnelle et continue*» (Pesqueux et Durance, 2010). Nous avons joint à cette réflexion le « retour d'expérience », qui est en lui-même constitutif d'un capital nécessaire à la mémoire organisationnelle à travers une « *tool box* » ou un « *code book* », tacite ou formel, dans le cadre d'une organisation apprenante (Bootz, et Monti, 2008). À ce propos, le retour d'expériences personnelles, les réunions de groupe, le coaching personnalisé, constituent autant d'outils à la disposition de l'organisation apprenante. Par conséquent, la synergie des départements concernés par la production de preuves et de documents administratifs est en soi un préalable à la réussite du management du whistleblowing au sein de l'organisation.

317 *"In the absence of feelings of loyalty, exit, is essentially costless"*, (Hirschman, p. 82).

Nous illustrons dans la figure suivante les différentes thématiques de la motivation des lanceurs d'alerte interrogés :

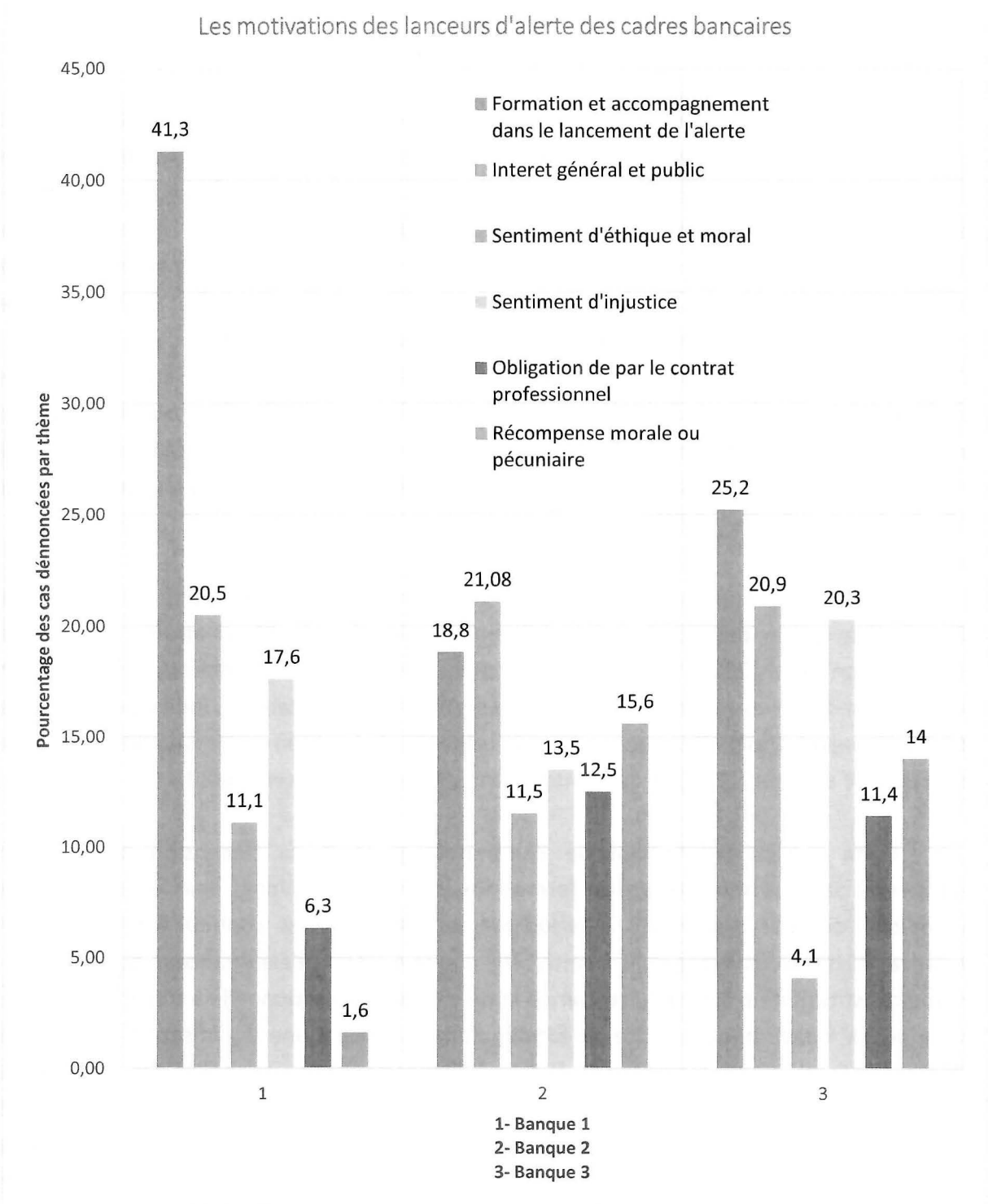


Figure n°1 : Les motifs de lancement de l'alerte auprès des cadres de trois banques.

Classement des thématiques de la motivation des lanceurs d'alerte par ordre de récurrence	Banque n°1	Banque n°2	Banque n°3
	1- La formation et la consolidation de ses connaissances : 41%	1- L'intérêt général et des enjeux publics : 21.08 %	1- La formation et la consolidation de ses connaissances : 25.20 %
	2- L'intérêt général et des enjeux publics : 20.50 %	2- La formation et la consolidation de ses connaissances : 18.80 %	2- L'intérêt général et des enjeux publics : 20.90 %
	3- Le sentiment éthique et moral : 17.60 %	3- Récompense morale ou pécuniaire : 15.60 %	3- Le sentiment d'injustice : 20.30 %

Tableau n° 1 : Classement des thématiques de la motivation des lanceurs d'alerte selon les cadres interrogés.

Conclusion

La synthèse de nos résultats met en valeur la thématique « formation et la consolidation des connaissances » comme une activité importante développée par les organisations afin de sensibiliser les cadres au lancement de l'alerte éthique.

En effet, les cadres de la Banque n°1 présentent 41% pour la motivation apportée par la « formation et la consolidation des connaissances », pour la banque n°2, les cadres démontrent aussi à concurrence de 25.20 %, que la formation a facilité le « passage à la parole » des lanceurs d'alerte. Ces résultats confortent les organisations dans l'investissement qu'elles doivent développer dans le cadre de la réussite du whistleblowing en interne.

Par ailleurs, quant à la motivation « intérêt général et des enjeux publics », elle est avancée par les cadres de la banque n°3 à concurrence de 21.08 %, de la banque n°1 avec 20.50 % et la banque n°3 avec 20.90 %. Ces chiffres démontrent l'importance de la sensibilité des lanceurs d'alerte à la vie en communauté et à l'éthique de travail.

Bibliographie

Alter, N. « *Sociologie du monde du travail* ». Presses universitaires de France, Paris, 2006, 356 p.

Babau, O. et, Chanlat, J.F. (2008). « La transgression, une dimension oubliée de l'organisation ». *Revue Française de Gestion*, vol°3, n°183, p 201-219.

Bartel-Radic, A. (2009). « La compétence interculturelle : état de l'art et perspectives ». *Management International*, vol°13, n°4, p 12-26.

Ben Mansour, K., et Ben Kahla, K. « La loi du silence : une réflexion sur les agressions ordinaires, les transgressions extraordinaires, les transgressions extraordinaires et les régressions « La *loi du silence : une réflexion sur les agressions ordinaires, les transgressions extraordinaires et les régressions ou progressions désordinaires dans la vie des organisations* ». Actes de recherche de la journée CNAM « Formaliser l'informel », l'Harmattan, Paris, 2014, p 102-117.

Ben Yehuda, N. *Violations of Trust and Loyalty*, Westview Press, Colorado, 401 p.

Berger, P. L., et Luckman, T. *The Social Construction of Reality A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Penguin Books, England, 1991, 248 p.

Bollinger D. et, Hofstede G. *Les différences culturelles dans le management*, les Éditions d'Organisation, Paris, 1987, 279 p.

Bootz, J.P. et, Monti, R. (2008). « Les démarches prospectives : de l'aide à la décision à la conduite du changement ». *Finance-Contrôle-Stratégie*, vol°11, n°1, p 41-70.

Charreire-Petit, S, et Surply, J. (2008). « Du *whistleblowing* à l'américaine à l'alerte éthique à la française : enjeux et perspectives pour le gouvernement d'entreprise ». Management, vol°11, n°2, p 113-135.

Crozier, M., et Friedberg, E. *L'acteur et le système*. Seuil, Paris, 1992, 500 p.

Deslandes, G. *Le management éthique*. Dunod, Paris, 2012, 149 p .

Etherington, L. et Lee, R. (2007). " Ethical Codes and cultural context : Ensuring Legal Ethics in the Global Law Firm", *Indiana Journal of Global Legal Studies,* vol°14, issue 1, winter 2007, p. 95-118.

Foucault, M. « *Les Anormaux. Cours au collège de France. 1974-1975* ». Gallimard-Le Seuil, Paris, 1999, 351 p.

Hassink, et al, (2007). "A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies", *Journal of Business Ethics,* 2007, vol°75, n°1, p 25-p 44.

Hersh, M.A. (2002). "Whistleblowers: heroes or traitors? Individual and collective responsibility for ethical behavior". *Annual Reviews in Control*, vol°26, n°2, p 243-262.

Hirschman, A. (1970). "Exit, Voice and Loyalty. Responses to decline in Firms, and States". Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 176 p.

Hoffman, R.C., et Hegarty, W.H. (1993). "Top management influence on innovation: Effects on executive characteristics and social culture". *Journal of Management*, vol°19, n°3, p 549-574.

.Kamdem, E., *Management et interculturalité en Afrique : expérience camerounaise*. Québec, Les Presses de l'Université Laval, L'Harmattan, Paris, 2002.

Kaptein, M. (2011). « From Inaction to External Whistleblowing: The Influence of the Ethical Culture of Organizations on Employee Responses to Observed Wrongdoing ». *Journal of Business Ethics*, vol°98, n°3, p 513-530.

Leck, J., et Saunders, D.M. (1992). « Hirschman's Loyalty: Attitude or Behavior? ». *Employee Responsibilities and Rights Journal*, vol°5, n°3, p. 219-230.

Mauléon, F., et Saulquin, J.Y. « Une approche comparative de la RSE par le statut juridique. Le cas des banques coopératives et des actions solidaires en France », *Revue Management et Avenir*, vol°23, p. 105-122.

Mercier S. (2000). « Les chartes et codes éthiques - Quel contenu pour quelle utilité ? », in Dossier « Éthique et commerce international ». *Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation*, n° 2, p. 295-311.

Miethe, T. D., et Rothschild, J. "Whistleblowing and the Control of Organizational Misconduct". *Sociological Inquiry*, 1994, vol.°64, no°3, p. 322-347.

Pesqueux, Y., et Durance, P. (2010). « L'apprentissage organisationnel, économie de la connaissance : mode ou modèle ? ». *Les cahiers du LIPSOR-LIPSOR working papers*, série Recherche n° 6, 2004, p 5-60.
Schehr, S. (2008). « L'alerte comme forme de déviance : les lanceurs d'alerte entre dénonciation et trahison ». *Déviance et Société*, vol°32, n°2, p. 149-162.

Shumpeter, J.A. « Histoire de l'analyse économique. L'âge des fondateurs ». Gallimard, 2004, 519 p.

Simmel, G. *Sociologie. Etudes sur les formes de la socialisation*. Presses Universitaires de France, 2 eme édition, 2013, Paris, 756 p.

Sparrow, L. M. (2000). «Beyond multicultural man: complexities of identity», *International Journal of Intercultural Relations*, N° 24, p. 173-201.
Tumasjan, et al., 2011. (2011). "Ethical Leadership Evaluations after Moral transgression: Social Distance Makes the Difference", *Journal of Business Ethics*, avril 2011, vol° 99, n°4, p 609-622.
Vandekerckhove, W. et Commers, M.S.R. (2004). "Whistle Blowing and Rational Loyalty". *Journal of Business Ethics*, vol°53, n°1-2, p 225-235.

B)Clarifier et unifier les canaux d'alerte

Par Jean-Philippe Foegle

Suivant une jurisprudence bien établie de la Cour, la recommandation préconise que soient mis en place des *« voies clairement établies pour le signalement et la révélation d'informations d'intérêt général »*, à savoir *« le signalement interne au sein d'une organisation ou d'une entreprise »*, le signalement *« aux organes réglementaires publics, aux autorités de répression et aux organes de contrôle »* et enfin la *« révélation publique d'informations »* (Recommand. de 2014, p. 7) . La recommandation précise que ces trois voies de signalement ont vocation à être hiérarchisées (*Ibid.*). Cette hiérarchisation positionne, aux yeux de l'Assemblée parlementaire, *« la protection des lanceurs d'alerte comme un mécanisme de responsabilité démocratique »* car il s'agit, pour des raisons d'efficacité, que *« les individus fassent état de préoccupations au sujet d'actes répréhensibles ou de risques de préjudice auprès des personnes les plus proches du problème et de celles les mieux placées pour y remédier » (ibid.)* ce qui n'exclut pas, le cas échéant, de *« reconnaître et protéger les révélations d'informations à plus grande échelle »*.

La recommandation serve – sans les préciser – les hypothèses où d'autres considérations démocratiques, telles que *« la transparence, le droit à l'information et la liberté d'expression »* (Recommandation precit. p. 32) devraient permettre aux lanceurs d'alerte d'opérer leur divulgation directement auprès du public. Il s'agit principalement, dans la jurisprudence de la Cour européenne, d'une part, des hypothèses où le lanceur d'alerte ne disposait « *disposait d'aucun autre moyen efficace pour procéder à la divulgation* ». Et également, d'autre part, des hypothèses où le public peut se prévaloir d'un *« droit d'être informé »*, ce qui recoupe notamment la majorité des divulgations concernant l'usage par les pouvoirs publics de *« procédés irréguliers ou illégaux »* ainsi que des alertes concernant

des risques sanitaires graves si la publicisation de l'information permet de contribuer de manière significative à un « *débat public d'une extrême importance* ».
Ce choix d'un modèle dit « à trois étages » (*Three-tiers*), largement étudié par la doctrine anglo-saxonne et qui en fait la spécificité du système anglais d'encadrement du lancement d'alerte, correspond aux préconisations du rapport Stephenson. En effet celui-ci préconisait de retenir une « *approche échelonnée* » - car «*donner l'alerte et faire fuiter des informations confidentielles dans la presse sont deux choses différentes* ». Cela correspond également à la position de la Cour européenne des droits de l'homme, qui considère de manière constante depuis l'arrêt *Guja c. Moldavie* qu'« *un employé souhaitant divulguer des informations doit s'adresser en premier lieu à ses supérieurs ou à une autre autorité compétente.* ».

Un tel système est un décalque explicite du système britannique d'alerte. La loi dite Public Interest Disclosure Act autorise en effet la divulgation d'informations en interne auprès de l'employeur, auprès d'une autorité de régulation ou de membres du Parlement et d'autres personnes y compris la presse dans les hypothèses les plus graves. Mais, là aussi, le niveau d'exigence pour bénéficier d'une protection va en s'accroissant. Ainsi, un lanceur d'alerte pourra s'exprimer directement en public, auprès de la presse, à la condition de lancer l'alerte dans l'intérêt public (1.), d'être raisonnablement convaincu de la véracité des faits dénoncés (2.), de ne pas lancer l'alerte pour en retirer un gain personnel (3.), que celui-ci ait de bonnes raisons de penser qu'il fera l'objet de mesures de rétorsion s'il lance l'alerte auprès de l'employeur ou d'une autorité de régulation (4.) et, enfin, que la divulgation au public soit une solution « raisonnable » (5.) au vu du dommage causé à l'employeur. Sur ce dernier point, le caractère « raisonnable » d'une alerte au public s'apprécie en fonction de l'intérêt public que présente l'information, élément qui s'apprécie au regard de la jurisprudence traditionnelle des cours britanniques relatives aux obligations de confidentialité se fait l'écho.Ainsi, une alerte au public via le Daily Mail a été considérée comme légale par la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles en raison de l'intérêt public que présentait l'information – qui concernait des prix fixés de manière abusive –, car le public avait été trompé par l'entreprise en cause318. De manière plus frappante encore, dans une affaire qui concernait des dysfonctionnements d'alcootests utilisés par la police, la même cour avait considéré que l'alerte au public était justifiée en raison de l'intérêt qu'avait le public de connaître de cette information, qui pouvait conduire à faire annuler des poursuites pénales pour violations du Code de la route319.

Ce système, repris par la recommandation, n'implique pas que le lanceur d'alerte saisisse systématiquement l'employeur en premier lieu, mais que celui-ci choisisse l'interlocuteur le plus pertinent en fonction de la nature des faits dénoncés. Or, en exigeant que le lanceur d'alerte saisisse en premier lieu l'employeur, l'article 6C de la loi « Sapin 2 »320 entérine

318 *Initial Services* v. *Putterill* [1968] 1QB 396.
319 *Lion Laboratories* v. *Evans* [1984] 3 WLR 539.
320 « I. – Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. En l'absence de diligences de la personne

l'existence d'un système rigide qui, dans nombre d'hypothèses, expose le lanceur d'alerte à des représailles, et risque au surplus de ralentir le processus de circulation de l'alerte vers les autorités compétentes, car la notion de diligences de l'employeur dans un délai raisonnable reste particulièrement floue, sujette à interprétation et, partant, génératrice de contentieux. De la même manière, la possibilité de saisir la presse en premier lieu en cas de risque de « danger grave ou imminent » apparaît contraire à la recommandation qui adopte une vision plus large de l'alerte au public en référence aux informations que les citoyens « ont un grand intérêt à voir divulguer », ce qui ne correspond pas nécessairement à des informations sur un danger grave ou imminent.

À titre d'exemple, dans la fonction publique, le droit actuel laisse triplement coexister un « droit » d'alerter à l'article 6 ter du statut général de la fonction publique, un « droit » de lancer l'alerte prévu par la loi « Sapin 2 », et un « devoir » de dénoncer institué par l'article 40-2 du Code de procédure pénale. Or, ces trois procédures prévoient des canaux d'alerter différents : l'article 6 ter du statut général n'opère aucune distinction en la matière et laisse implicitement la possibilité de saisir la presse au premier chef, tandis que l'article 40-2 oblige l'agent public à saisir le procureur de la République sans délai. Or, ces deux procédures sont difficilement conciliables avec l'article 6C de la loi « Sapin 2 », qui prévoit que le lanceur d'alerte ne peut saisir une autorité judiciaire ou administrative qu'en l'absence de diligences, dans un délai raisonnable, de la part de l'employeur qui doit en tout état de cause être le premier destinataire de l'alerte.

II.Protéger efficacement les lanceurs d'alerte et lever les obstacles à la prise de parole

La majorité des études empiriques sur le whistleblowing soulignent que les deux principaux obstacles à la prise de parole des lanceurs d'alerte – et donc de l'effectivité du lancement d'alerte – sont, d'une part, la peur des représailles de la part de leur employeur321 et, d'autre part, la peur de ne pas être soutenu dans leur démarche, de ne pas être

---

destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.

I bis A (nouveau). – En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public. »

321 Jessica Mesmer-Magnus et Chockalingam Viswesvaran, « Whistleblowing in organizations: An examination of correlates of whistleblowing intentions, actions, and retaliation. », *Journal of Business Ethics*, 2005, vol. 62, numéro 3, p. 277-297.

entendu322. Suivant en cela les standards internationaux non contraignants en la matière, le Conseil de l'Europe insiste d'une part sur la nécessité d'accompagner en amont la démarche des lanceurs d'alerte et lever les obstacles juridiques à leur prise de parole (A.) et de les protéger, a posteriori, des mesures de rétorsion et des tentatives de décrédibilisation (B..)

A)Lever les obstacles juridiques à l'alerte

En contradiction avec un standard international émergent, l'article 6A de la loi « Sapin II » prévoit que : « *Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre* ». Peu explicite sur les secrets protégés, la recommandation fait néanmoins référence à la nécessité d'aménager les obligations légales de confidentialité. Ici, la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme permet d'éclairer la nature des exigences du droit du Conseil de l'Europe.l'a déjà souligné la Cour, *« il y a un intérêt public prépondérant à ce que* [ces personnes] *puissent s'exprimer auprès du public en diffusant des informations sur des idées sur des question d'intérêt public »*, notamment lorsque les pratiques gouvernementales mises en lumière sont susceptibles d'être illégales ou nuisibles à l'intérêt général. Dans ce cadre, la Cour prendra en compte le poids respectif du dommage que la divulgation litigieuse risquait de causer à l'autorité publique et de l'intérêt que le public pouvait avoir à obtenir cette divulgation ainsi l'objet de la divulgation et la nature de l'autorité administrative concernée.

Lever les obstacles juridiques implique ainsi en tout premier lieu de prévoir des exceptions aux secrets de nature à faire obstacle au lancement d'alerte (1.) mais également aux obligations de confidentialité consacrées par la jurisprudence (2.)

1. Prévoir des exceptions efficaces aux secrets

Secret de la défense nationale (a) et secret des affaires (b.) font partie des secrets protégés identifiés comme étant les plus susceptibles de faire obstacle au lancement d'alerte.

a) Secret de la défense nationale

Les lanceurs d'alerte et le secret de la défense nationale[323]

322 Janet Near et Maria Miceli, « Effective-Whistle Blowing. », *Academy of Management Review*, 1995, vol. 20, n°3, pp. 679-708.

[323] Cet article est issu d'une communication présentée dans le cadre du colloque : *Secret et liberté d'expression des lanceurs d'alerte. Quelles articulations réciproques ?*, Jean-Philippe FOEGLE, Serge SLAMA (dir.), Colloque, CREDOF-CTAD, Université Paris Nanterre, 29 septembre 2017.

Par Céline Chassang et Francis Habouzit

« Micros du canard enchainé », « vrai-faux passeport », ou encore « écoutes de la cellule de l'Élysée », de nombreuses affaires ont depuis longtemps révélé les abus du secret de la défense nationale[324]. En ce qu'il autorise la dissimulation de certaines activités de l'État, ce secret organise des « *zones de non-droit*[325]» qui posent indubitablement question eu égard aux exigences de l'État de droit et constituent des obstacles à « *la recherche des auteurs d'infractions*[326] ».

Introduit dans le Code pénal par le décret-loi du 29 juillet 1939, ce « *nouveau concept juridique*[327] » avait pour objet de faciliter « *la lutte contre l'espionnage et la protection des intérêts de l'État*[328] » en tentant « *d'élaborer une définition précise du secret de la défense nationale*[329] ». Cependant, cet essai de définition des informations et supports secrets n'a pas résisté aux critiques et, par une ordonnance du 4 juin 1960, une formule très générale lui a été préférée[330]. Mais, confrontés aux risques de critiques fondées sur le principe de la légalité criminelle[331], les rédacteurs du nouveau Code pénal ont finalement décidé de définir « *avec le plus d'exactitude possible ces secrets*[332] ».

Depuis 1994, le secret de la défense nationale est alors défini comme suit :

> « *Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou*

---

[324] Par exemple, concernant l'affaire des micros du Canard enchainé, voir Chambre d'accusation, Paris, 21 mai 1975, n° 510/75 et concernant l'affaire du vrai-faux passeport, voir Chambre d'accusation, Paris, 27 mai 1987, in Bertrand WARUSFEL, *Contre-espionnage et protection du secret – Histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, Éditions Lavauzelle, 2000, p. 451-456 et 461-465, Annexe 13.

[325] André VITU, François ROUSSEAU, « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. – Autres atteintes à la défense nationale. – Atteintes à la sécurité des forces armées et aux zones protégées. – Atteintes au secret de la défense nationale », *JCL Pénal Code*, Fasc. 20, §74.

[326] CC, Décision n° 96-377 DC, 16 juillet 2016, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, cons. 16 : « *Considérant que la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile* »

[327] Bertrand WARUSFEL, *Contre-espionnage et protection du secret. Histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, *op. cit.*, p. 152.

[328] *Ibid.*

[329] André VITU, François ROUSSEAU, « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. – Autres atteintes à la défense nationale. – Atteintes à la sécurité des forces armées et aux zones protégées. – Atteintes au secret de la défense nationale », *op. cit.* Fasc. 20, §77.

[330] Art. 72 de l'ancien C. pén. tel que modifié par l'ordonnance du 4 juin 1960 : « *Sera coupable de trahison et puni de mort tout français qui : 1° Livrera à une puissance étrangère ou à ses agents, sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit, un renseignement, objet, document ou procédé qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale ; […]* ».

[331] Concernant les exigences de la conception matérielle du principe de légalité, voir notamment : CC, Décision n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, cons. 7 ; Cour EDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France* [GC], n° 17862/91, §29.

[332] André VITU, François ROUSSEAU, « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. – Autres atteintes à la défense nationale. – Atteintes à la sécurité des forces armées et aux zones protégées. – Atteintes au secret de la défense nationale », *op. cit.* Fasc. 20, §80.

fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès.

Peuvent faire l'objet de telles mesures les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale[333]. »

Au premier alinéa, le législateur dresse la liste des biens intéressant la défense nationale et combine cette énumération avec un critère formel de classification. Autrement dit, seuls les « *informations et supports*[334] » ayant « *fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès*[335] » sont protégés au titre du secret de la défense nationale[336]. Puis, dans la continuité des dispositions antérieures, le Code indique que peuvent aussi bien être classifiés les informations ou supports secrets par nature, c'est-à-dire ceux « *dont la divulgation ou l'accès est de nature à nuire à la défense nationale*[337] », que par extension, ceux qui « *pourrai[ent] conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale*[338] ». L'opération administrative de classification est alors l'unique critère de détermination des informations protégées, et corrélativement, de l'étendue de la protection pénale. Ce critère formel n'est donc pas en mesure de pallier le risque d'arbitraire inhérent à l'usage d'une prérogative insusceptible de contrôle. En conséquence, si la classification apporte une meilleure sécurité juridique en identifiant, par un timbre rouge[339], les informations et supports secrets, elle octroie également la possibilité à l'État de protéger abusivement, au titre du secret de la défense nationale, certaines de ses activités.

Afin de limiter les pratiques de sur-classification, sans pour autant introduire de contrôle juridictionnel, le secret de la défense nationale a fait l'objet d'une réforme importante en 1998. Premièrement, la loi du 8 juillet 1998 a créé la Commission Consultative du Secret de la Défense Nationale (CCSDN)[340]. Dotée d'un pouvoir consultatif, cette autorité administrative indépendante ne peut transmettre, une fois saisie par un magistrat, qu'un

---

[333] Al. 1 et 2 de l'art. 413-9 C. Pén. dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-928 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense ; cette définition du secret de la défense nationale a été déclarée conforme à la Constitution dans une décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011.

[334] Art. R2311-1 C. défense : « *Les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale sont dénommés dans le présent chapitre : " informations et supports classifiés "*».

[335] Al. 1 de l'art. 413-9 C. Pén.

[336] Avant la décision n° 2011-192-QPC du Conseil constitutionnel, la législation française disposait également que certains lieux pouvaient en eux-mêmes être classifiés. Néanmoins, dans une décision du 10 novembre 2011, les sages de la rue Montpensier ont déclaré non conformes à la Constitution les articles 413-9-1, 413-10-1, 413-11-1 du C. Pén. et l'article L2312-7-1 du C. défense et partiellement contraires à la Constitution les articles 46-4 du CPP, L2312-1 et 2312-4 du C. défense relatifs à ces lieux classifiés.

[337] Al. 2 de l'art. 413-9 C. Pén.

[338] *Ibid.*

[339] Art. 42 à 44 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

[340] Loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale.

avis sur la déclassification d'un document au Premier Ministre[341]. Deuxièmement, l'autre volet de cette réforme, consistant selon l'ancien ministre de la Défense à « *classifier moins pour classifier mieux*[342] », repose sur le décret du 17 juillet 1998[343]. Par ce texte, le pouvoir réglementaire entendait durcir les critères des trois degrés de classification[344] : « *Très secret-défense* », « *Secret-défense* » et « *Confidentiel-défense* »[345]. Cependant, la lecture du Code de la défense révèle des critères finalistes insusceptibles de définir la substance du champ des informations correspondant aux différents types de secrets. Se rapportent par exemple au niveau « *Secret-défense* », les « *informations et supports dont la divulgation est de nature à nuire gravement à la défense nationale*[346] ». Pour entrevoir le champ matériel de ce secret, il est alors nécessaire d'examiner la procédure de classification. C'est le Code de la défense[347], complété par l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale[348], qui nous renseigne sur les autorités chargées de déterminer les critères de classification et les informations et supports à classifier. L'opération de classification relève en effet d'une compétence partagée. Le Premier Ministre détermine « *les critères et modalités d'organisation de la protection pour le niveau Très-secret défense* », puis les ministres, pour ce qui relève de leurs attributions, arrêtent les informations et supports qu'il y a lieu de classifier à ce niveau[349]. Concernant les niveaux « *Secret-Défense* » et « *Confidentiel-Défense* », les ministres déterminent les informations et supports à classifier par une instruction particulière[350], mais ce sont les chefs de service, sur proposition de l'auteur du document à classifier, qui représentent « *l'autorité émettrice*[351] ». Malgré l'absence de publication des critères à destination des autorités classificatrices, l'instruction interministérielle sur le secret de la défense nationale

---

[341] Sur la période 2013-2015, la CCSDN a rendu un avis partiellement ou entièrement favorable à la déclassification dans 85 % des demandes et sur les 53 avis émis sur cette période triennale, le Premier Ministre a suivi intégralement la Commission dans 94 % des cas. Aussi, au-delà de l'absence de contrôle juridictionnel, ce sont les difficultés pour le magistrat d'identifier les documents classifiés qui posent problème : CCSDN, *Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale. 2013-2015*, La documentation française, p. 57-63.

[342] Michel ROCARD cité par Marc GUILLAUME, in « La réforme du droit du secret de la défense nationale », *RFDA*, 1998, n° 6, p. 1223.

[343] Décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale.

[344] Art. R2311-2 C. défense.

[345] À ce titre, le rapport de 2017 du Secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) nous indique qu'une consultation interministérielle est en cours pour déterminer les contours d'une réforme du secret de la défense nationale. Ce projet proposerait notamment de supprimer le niveau Confidentiel-Défense en substituant aux niveaux de classification actuels les niveaux et dénominations « Secret et Très secret » : SGDSN, *Rapport sur le secret de la défense nationale en France / II*, janvier 2018, p. 13.

[346] Al. 2 de l'art. R2311-3 C. défense.

[347] Art. R2311-5 et s. C. défense.

[348] Art. 11 et 12 de l'annexe de l'arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, NOR: PRMD1132480A.

[349] Art. R2311-5 C. défense.

[350] Art. R2311-6 C. défense et 11 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

[351] Art. 39 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale : « *Au sein de chaque ministère, la décision de classification est prise, sur proposition de l'auteur du document, au niveau hiérarchique le plus apte à évaluer les enjeux. Le responsable de cette décision, qui doit être en mesure de la justifier auprès de sa hiérarchie, est appelé autorité classificatrice ou autorité émettrice.* ».

émet des recommandations pour les ministres nous permettant de mieux cerner le champ des informations protégées au titre du secret de la défense nationale[352]. Relève par exemple du niveau « *Très Secret-défense* », une information dont la divulgation entraînerait « *un préjudice grave pour l'économie française*[353] » ou un « *risque de perte d'un grand nombre de vies humaines*[354] ».

Toutefois, à la lecture de ces recommandations, nous ne pouvons que remarquer la conception extensive de la défense nationale qui englobe indistinctement « *la défense militaire, la diplomatie, la défense civile, la sécurité intérieure, la protection des activités économiques, environnementales ou industrielles et la protection du patrimoine scientifique et culturel de la France*[355] ». Ainsi, la pratique de la classification a, sans aucun doute, autorisé l'extension du champ du secret, au-delà des informations et supports concernant strictement la défense nationale, à la catégorie bien plus étendue des intérêts fondamentaux de la Nation.

Malgré la réforme de 1998, le champ du secret de la défense nationale demeure donc entièrement subordonné au bon vouloir de l'administration. Pour autant, force est d'admettre que le secret de la défense nationale et sa protection sont indispensables à la prévention et à la répression des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. Si c'est l'usage du secret de la défense nationale qui pose question, son utilité est indiscutable. Il est essentiel que la diffusion de certaines informations, telles que les emplacements des sites de stockage d'ogives nucléaires, soit restreinte et que les documents classifiés bénéficient d'une « *protection juridique et matérielle stricte*[356] ». Une pratique défaillante de classification serait indéniablement dangereuse pour la sûreté de l'État, la sécurité publique ou celle des agents des services de renseignement. En définitive, l'enjeu de la définition du secret de la défense nationale et de son encadrement est une « juste » classification. Cependant, la recherche d'une meilleure conciliation entre le secret de la défense nationale et l'État de droit s'inscrit-elle exclusivement dans l'attente d'une révolution copernicienne, admettant un contrôle juridictionnel des informations et supports classifiés ? Pas nécessairement. Le développement de l'alerte pourrait bien être une pratique intéressante pour dépasser, en l'absence de volonté législative, cette situation apparemment inextricable. En mettant en lumière les qualifications de complaisance, douteuses ou abusives, l'alerte pourrait en effet devenir un instrument essentiel dans la recherche de la « juste » classification. Il est donc possible d'imaginer un mécanisme de recueil d'alerte, spécial et adapté, en matière de secret de la défense nationale. Un agent habilité,

---

[352] Cette annexe est intitulée « *Guide de classification : recommandations pour l'élaboration de l'instruction ministérielle particulière relative à la protection du secret* ».

[353] Annexe 2 de l'arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, NOR: PRMD1132480A.

[354] *Ibid.*

[355] Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces, *Secret de la défense nationale*, CRIM 2004-18 G1/15-11-2004, NOR : JUSD0430227C, BOMJ, n° 96 (1er octobre – 31 octobre 2004).

[356] Introduction de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

constatant une classification potentiellement abusive, pourrait d'abord solliciter son supérieur hiérarchique ou un référent puis, en l'absence de diligences appropriées, effectuer un signalement à une autorité habilitée à connaître du secret, telle la CCSDN, qui transmettrait un avis sur la classification au Premier Ministre lorsqu'elle considère qu'une classification est manifestement illégale ou inutile[357].

Cependant, tout espoir de voir émerger un mécanisme de recueil d'alerte *sui generis* pour les agents habilités au secret de la défense nationale a été anéanti par la loi Sapin II[358]. Le législateur a en effet expressément exclu du périmètre du statut de lanceur d'alerte certains secrets dont celui de la défense nationale[359]. Toutefois, le législateur a moins délimité l'alerte que créé un partage entre les signalements encadrés par la loi Sapin II, qui octroient une protection à leur auteur[360], et les autres. Sur le fondement de la liberté d'expression[361], l'alerte peut en effet exister en dehors de la loi du 9 décembre 2016. Il s'agit alors davantage de s'interroger sur la conciliation entre la protection du secret et la liberté d'expression des lanceurs d'alerte : dans quelle mesure et/ou à quels risques les lanceurs d'alerte peuvent-ils signaler les abus de classification ? *A priori*, le risque nous semble élevé, car on constate d'une part une protection drastique du secret (I) et d'autre part une protection restreinte des lanceurs d'alerte (II).

I. La protection drastique du secret de la défense nationale

Les informations « *dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale*[362] » doivent être classifiées afin qu'elles puissent être protégées matériellement et juridiquement. Le risque pour la défense nationale exige en effet un ensemble de mesures de sécurité pour assurer le respect de règles strictes de diffusion. Chaque document doit être marqué par un timbre, identifié et paginé pour en garantir son identification, son authenticité et son intégrité[363]. Ensuite, les supports des informations classifiées sont placés dans des coffres-forts ou armoires fortes, sont inventoriés, leur reproduction est réglementée, *etc.* Mais ces mesures de protection matérielle ne seraient d'aucune utilité sans une protection juridique de l'accès à l'information. Drastique, cette dernière est composée de deux volets complémentaires. D'un côté, le droit détermine un important

---

[357] Un tel mode de saisine de la CCSDN aurait le mérite, à tout le moins, de passer outre le problème de l'identification par les magistrats des documents classifiés abusivement par l'administration et d'élargir, au-delà des procédures juridictionnelles en cours, le spectre des demandes de déclassification.

[358] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[359] Al. 2 de l'art. 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : « *Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre.* »

[360] Voir Chapitre II du Titre 1er de la loi Sapin II intitulé : « *De la protection des lanceurs d'alerte* ».

[361] Art. 10 de la Conv. EDH

[362] Al. 2 de l'art. 413-9 C. Pén.

[363] Art. 42 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

champ d'opposabilité des informations classifiées (A). De l'autre, il définit un vaste domaine d'incrimination des atteintes aux informations et supports protégés au titre du secret de la défense nationale (B).

A. Un important champ d'opposabilité

La protection des intérêts fondamentaux de la nation nécessite de restreindre drastiquement la diffusion des informations et documents classifiés. Force est en effet de constater que le champ d'opposabilité du secret de la défense nationale est particulièrement vaste car, si le nombre de dépositaires du secret est limité (1), c'est dire qu'il peut être opposé à un nombre élevé de personnes, considérées comme tiers au secret (2).

1. Les dépositaires du secret

Pour connaître des informations ou supports classifiés au titre du secret de la défense nationale, il est nécessaire de réunir les deux conditions cumulatives visées par les articles R2311-7 et R1311-7-1 du Code de la défense. En effet, la personne dépositaire du secret doit non seulement être habilitée au niveau de secret correspondant à l'information qu'elle souhaite consulter, mais également avoir besoin de connaître ou d'accéder à l'information classifiée pour l'exercice de sa fonction ou l'accomplissement d'une mission. En fonction des niveaux « *Très secret-défense* » ou « *Secret-défense* » et « *Confidentiel-défense* », c'est le Premier Ministre (pour le premier niveau) ou les Ministres (pour les deux autres) qui prennent les décisions d'habilitation à la suite d'une demande d'un service d'un organisme public ou privé[364]. L'article 20 de l'instruction interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale précise d'ailleurs que ces demandes ne doivent être émises que dans le respect du catalogue des emplois, établi en accord avec les instructions des Hauts fonctionnaires de défense et de sécurité, qui listent les fonctions pour lesquelles le titulaire doit connaître d'un secret de la défense nationale. Ensuite, la demande d'habilitation « *déclenche une procédure destinée à vérifier qu'une personne peut, sans risque pour la défense et la sécurité nationale ou pour sa propre sécurité, connaître des informations ou supports classifiés dans l'exercice de ses fonctions*[365] ». Ce n'est qu'à la suite de cette enquête de sécurité que la décision d'habilitation peut être prise par le ministre ou son délégataire, sans pour autant être lié par l'avis de sécurité. Une décision favorable autorise le titulaire de l'habilitation à connaître d'informations et de supports classifiés et fait ainsi de lui un dépositaire du secret de la défense nationale. Cependant, cette habilitation est limitée aux niveaux de classification désignés et à la durée d'occupation du poste nécessitant pour son titulaire de connaître du secret. Une personne dépositaire du secret de la défense nationale n'est pas habilitée à connaître de toutes les informations classifiées,

---

[364] *Ibid.*
[365] Art. 22 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

mais uniquement de celles dont elle doit connaître ou auxquelles elle doit accéder dans le cadre de sa mission ou de ses fonctions.
En raison du très grand nombre de documents classifiés, c'est environ 400 000 personnes, physiques ou morales, qui sont habilitées à l'un des niveaux du secret de la défense nationale[366]. Mais, en dehors de ces hypothèses bien balisées, nul ne peut connaître du secret.

2. Les tiers au secret

Les personnes non dépositaires du secret sont donc, *a contrario*, celles qui ne sont pas habilitées à un niveau de secret défense par l'autorité administrative ou celles qui, habilités, n'ont pas à en connaître pour l'exercice de leur fonction. L'habilitation n'est jamais absolue, le secret peut ainsi légitimement être opposé à une personne habilitée. Plus généralement, le secret de la défense nationale sera opposable indifféremment aux citoyens et aux corps constitués.
D'une part, le secret de la défense nationale constitue évidemment une exception au droit d'accès aux documents administratifs et aux archives publiques. Bien que l'article L311-1 du Code des relations entre le public et l'administration dispose que « *les administrations mentionnées à l'article L300-2 sont tenues de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande* », les documents dont la consultation ou la communication porterait atteinte au secret de la défense nationale ne sont pas communicables[367]. Afin d'obtenir la communication d'un document relatif à la défense nationale, il est nécessaire que le document classifié bascule dans le domaine des archives publiques communicables de plein droit ou que l'administration procède à sa déclassification. L'article L213-2 du Code du patrimoine dispose en effet qu'après 50 ans les documents classifiés sont consultables de plein droit. Cependant, cette disposition précise également que, si le document est susceptible de porter atteinte à la sécurité des personnes nommément désignées ou facilement identifiables, le délai est porté à 100 ans ou à 25 ans après le décès de la personne visée. Enfin, le paragraphe II de ce texte indique que les documents « *dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue*[368] » ne sont jamais communicables. Ainsi, un citoyen pourra toujours légitimement se voir opposer le secret de la défense nationale, sauf en cas de déclassification directe par l'administration ou indirecte par le jeu des dispositions du Code du patrimoine.

[366] SGDSN, *Rapport sur le secret de la défense nationale en France / II*, janvier 2018, p. 1.
[367] Art. L311-5 du Code des relations entre le public et l'administration.
[368] Art. L213-2 du Code du patrimoine.

D'autre part, le secret de la défense nationale est également opposable aux corps constitués, qu'il s'agisse des parlementaires ou des magistrats[369]. Le secret de la défense nationale est effectivement une limite au pouvoir d'investigation et de communication des commissions parlementaires[370]. Néanmoins, une exception à l'opposabilité du secret a été créée par la loi du 9 octobre 2009 autorisant les membres de la délégation parlementaire au renseignement à connaître d'informations classifiées[371]. Concernant les magistrats, le Conseil d'État a admis l'opposabilité du secret de la défense nationale aux juridictions dans un arrêt du 11 mars 1955[372]. Cette position a ensuite été réaffirmée de manière explicite dans deux avis datant respectivement du 19 juillet et du 29 août 1974[373]. Quiconque est détenteur d'un « secret-défense » ne peut le divulguer, même à une juridiction administrative ou judiciaire[374]. Toutefois, la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement[375] a créé une exception en instituant une formation de jugement spécialisée au sein du Conseil d'État, habilitée au secret et chargée de connaître des recours contre la « *mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État*[376] ».
Le secret de la défense nationale a un champ de diffusion très restreint qui détermine, corrélativement, un vaste champ d'opposabilité ne souffrant que de rares exceptions et aménagements.

Dès lors, des informations classifiées nécessaires à la recherche des auteurs d'infractions ou concernant une menace ou *« un préjudice grave pour l'intérêt général*[377] » ne peuvent être portées à la connaissance des juridictions ou du public qu'au bon vouloir de l'administration, à la suite d'une éventuelle demande de déclassification à la CCSDN[378], ou grâce à la révélation d'un lanceur d'alerte. Néanmoins, le secret de la défense nationale étant une limite légitime à la liberté d'expression[379], la prise de parole du lanceur d'alerte se fera au

---

[369] Toutefois, « *il apparaît que de manière permanente ou dans des circonstances exceptionnelles, le pouvoir exécutif permet l'accès de certains parlementaires à des informations classifiées* », voir Marc GUILLAUME, « Parlement et secret(s) », *Pouvoirs, Transparence et secret*, n° 97, 2001/2, p. 78.
[370] Art. 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.
[371] Loi n° 2007-1443 du 9 octobre 2007 portant création d'une délégation parlementaire au renseignement modifiant l'article 6 *nonies* de l'ordonnance du 17 novembre 1958.
[372] CE, Ass., 11 mars 1955, *Secrétaire d'État à la guerre c/ Sieur Coulon*, n° 34036.
[373] CE, avis, 19 juillet 1974, n° 313313 ; CE, avis, 29 août 1974, n° 313313 *bis*.
[374] Concernant les juridictions judiciaires, la Cour d'appel de Paris a confirmé cette solution dans un arrêt du 27 mai 1987 portant sur l'affaire du « vrai-faux passeport ».
[375] Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.
[376] Art. L773-1 et s. du Code de justice administrative.
[377] Al. 1er de l'art. 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique qui dispose du statut de lanceur d'alerte.
[378] Art. L2312-1 et s. C. défense.
[379] L'art. 10 de la Conv. EDH dispose effectivement que la sécurité nationale, l'intégrité territoriale, la sûreté publique ou encore empêcher la divulgation d'informations confidentielles sont des motifs légitimes, dans une société démocratique, pour restreindre la liberté d'expression. Toutefois, il revient au juge, y compris en matière de défense nationale, de contrôler que ces ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression sont proportionnées au but poursuivi (Voir *infra*).

risque de l'engagement de sa responsabilité pénale en vertu d'un vaste domaine d'incrimination.

B. Un vaste domaine d'incrimination

Le champ d'incrimination des infractions définies aux articles 413-10 et 413-11 du Code pénal est particulièrement étendu et comprend les « *actes matériels d'atteintes au secret de la défense nationale*[380] » réalisés tant par les personnes dépositaires (1) que par les tiers au secret (2).

1. Les atteintes réalisées par les dépositaires du secret

L'article 413-10 du Code pénal punit les atteintes au secret de la défense nationale réalisées par « *toute personne dépositaire, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente* » d'une information ou d'un support classifié.
Le champ *rationae personae* de l'incrimination concerne donc toute personne habilitée, ayant eu à connaître d'une information classifiée, qu'elle soit fonctionnaire ou salarié d'une entreprise privée. Néanmoins, il ne s'agit pas pour autant d'une incrimination spéciale de violation du secret professionnel. Effectivement, le champ *rationae materiae* des atteintes au secret vise autant la divulgation d'un secret de la défense nationale, c'est-à-dire le fait de porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée une information classifiée, que le fait de détruire, détourner, soustraire ou reproduire le secret, soit encore d'en donner l'accès à une personne non qualifiée[381]. Contrairement à l'infraction de violation du secret professionnel[382], les dispositions pénales relatives au secret de la défense nationale protège indifféremment l'information et son support afin de réprimer sévèrement toute atteinte aux biens classifiés. De surcroît, le législateur incrimine à l'article 413-10 du Code pénal trois modes distincts de commission de l'infraction. D'abord, le dépositaire du secret peut réaliser l'infraction de manière intentionnelle et par des actes positifs[383]. Il s'agit par exemple de révéler au public une information classifiée. Ensuite, le fonctionnaire ou la personne privée habilitée peut également commettre l'infraction de manière intentionnelle

[380] André VITU, François ROUSSEAU, « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. – Autres atteintes à la défense nationale. – Atteintes à la sécurité des forces armées et aux zones protégées. – Atteintes au secret de la défense nationale », *op. cit.* Fasc. 20, §100 et s.
[381] Al. 1er de l'art. 413-10 C. Pén.
[382] Art. 226-13 C. pén.
[383] Al. 1er de l'art. 413-10 C. Pén. : « *Est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende le fait, par toute personne dépositaire, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'un procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier qui a un caractère de secret de la défense nationale, soit de le détruire, détourner, soustraire ou de le reproduire, soit d'en donner l'accès à une personne non qualifiée ou de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée* ».

mais par un comportement d'abstention[384]. Cette hypothèse vise le fait de laisser sciemment une personne non habilitée accéder à une information ou un support protégé au titre du secret de la défense nationale. Enfin, en raison des enjeux particuliers inhérents au secret de la défense nationale, est aussi réprimé le fait de compromettre le secret de manière non intentionnelle par une simple imprudence ou négligence[385], telle qu'une « *méconnaissance des instructions et consignes administratives relatives à la conservation des documents et des objets secrets*[386] ». L'incrimination des atteintes au secret de la défense nationale commises par un dépositaire vise de nombreux comportements, mais tous ne concernent pas les lanceurs d'alerte. En tout état de cause, il semble que seul le premier mode de commission de l'infraction puisse être compatible avec la révélation d'une infraction ou d'« *une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général*[387] » par un lanceur d'alerte. Il s'agit du premier alinéa de l'article 413-10 du Code pénal qui punit de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende le fait pour tout dépositaire de détruire, détourner, soustraire, reproduire, donner accès, porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée une information ou un support classifié. Les comportements d'abstention et d'imprudence ne semblent pas, en effet, concerner les lanceurs d'alerte.

Néanmoins, la divulgation par un lanceur d'alerte dépositaire du secret de la défense nationale d'une information classifiée, que ce soit pour dénoncer la commission d'une infraction, des pratiques amorales ou illégales dissimulées par une classification, constituera inévitablement l'un des agissements réprimés à l'article 413-10 du Code pénal. Quant aux lanceurs d'alerte tiers au secret, ils pourront être sanctionnés sur le fondement de l'article 413-11 du Code pénal.

2. Les atteintes réalisées par les tiers au secret

L'article 413-11 du Code pénal punit les atteintes perpétrées par un tiers au secret, c'est-à-dire par « *toute personne non visée* » dans les développements précédents. Il peut donc s'agir d'un journaliste, d'un parlementaire, d'une personne habilitée qui n'avait pas à connaître, en vertu de sa fonction et ses missions, d'informations classifiées, et même de

---

[384] Al. 2 de l'art. 413-10 C. Pén. : « *Est puni des mêmes peines le fait, par la personne dépositaire, d'avoir laissé accéder à, détruire, détourner, soustraire, reproduire ou divulguer le procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier visé à l'alinéa précédent* ».

[385] Al. 3 de l'article 413-10 C. Pén. : « *Lorsque la personne dépositaire a agi par imprudence ou négligence, l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.* » Voir, par exemple, concernant deux salariés habilités d'une entreprise privée, qui, dans le cadre d'un projet avec la Direction générale de l'armement, ont transmis des informations classées « *Confidentiel-défense* » à une entreprise sous-traitante non habilitée : Cass. Crim. 13 nov. 2014, n° 13-87.943, *Droit pénal.* 2015, n° 1, obs. Michel VERON.

[386] André VITU, François ROUSSEAU, « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. – Autres atteintes à la défense nationale. – Atteintes à la sécurité des forces armées et aux zones protégées. – Atteintes au secret de la défense nationale », *op. cit.* Fasc. 20, §104.

[387] Art. 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

tout un chacun. Là encore, apparaît une différence de taille avec l'infraction de violation du secret professionnel. En effet, concernant le secret de la défense nationale, la protection n'est pas seulement rattachée à la personne dépositaire, mais également aux informations et supports classifiés. À partir du moment où ils ont connaissance du caractère secret-défense des informations, les tiers peuvent donc voir leur responsabilité pénale engagée pour avoir porté atteinte au secret. Cependant, le champ des actes matériels incriminés par une personne non dépositaire n'est pas aussi étendu que celui de l'article 413-10 du Code pénal. C'est ainsi que l'infraction ne peut pas être constituée par un comportement d'abstention ou d'imprudence. En revanche, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par toute personne non visée à l'article 413-10 de s'assurer la possession, accéder à, prendre connaissance, détruire, soustraire ou reproduire, porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée « *un procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale*[388] ». Par conséquent, ces deux textes n'ont en commun que le fait d'incriminer les atteintes aux informations et supports classifiés par des actes positifs et de manière intentionnelle. D'ailleurs, c'est dans la limite de ce mode de commission que l'article 413-12 du Code pénal incrimine la tentative pour ces deux infractions[389].

En définitive, un lanceur d'alerte, qu'il soit ou non dépositaire du secret de la défense nationale, ne pourra procéder à une révélation d'informations classifiées sans commettre l'une des infractions définies aux articles 413-10 et 413-11 du Code pénal. Le coût de l'alerte pourra alors s'élever à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende (pour les tiers au secret) et sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende (pour les dépositaires du secret)[390], sans compter les multiples peines complémentaires applicables[391].

Le secret de la défense nationale fait l'objet d'une protection juridique drastique composée d'un vaste champ d'opposabilité et d'incrimination. D'une part, seules les personnes habilitées au secret et qui ont besoin d'en connaître peuvent accéder aux informations et supports classifiés. D'autre part, le secret est protégé par des dispositions pénales spécifiques qui incriminent les atteintes au secret tant par ses dépositaires que par des tiers. En conséquence, c'est au risque de l'engagement de sa responsabilité pénale et de lourdes peines qu'un lanceur d'alerte pourra dénoncer les dérives de la classification. Toutefois, en mobilisant des outils du droit pénal général et en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour

---

[388] Art. 413-11 C. Pén.

[389] L'article 121-5 du C. Pén. dispose que la tentative est constituée lorsque, « *manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* ». Il est ainsi nécessaire, pour engager la responsabilité pénale d'une personne sur le fondement de la tentative, de démontrer un acte matériel d'exécution « *tendant directement à l'infraction avec l'intention de la commettre* » (Cass. Crim., 5 juillet 1951, *Bull. Crim.* n° 198).

[390] En temps de guerre, l'al. 1er de l'art. L332-2 du Code de justice militaire dispose que ces peines sont portées, sans distinction entre ces délits, à vingt ans de réclusion criminelle et 450 000 euros d'amende.

[391] Voir *infra*.

EDH relative à l'article 10 de la Convention, il est possible d'identifier une protection (retreinte) des lanceurs d'alerte.

F.H.

II. La protection restreinte des lanceurs d'alerte

L'intérêt est grand de sauvegarder la liberté d'expression des lanceurs d'alerte qui pourraient lever le voile sur la classification abusive d'une information. Mais, en droit français, le secret de la défense nationale est tellement préservé que la protection du lanceur d'alerte n'en apparaît que sommaire. Si plusieurs axes de protection peuvent toutefois être évoqués, certains sont plus satisfaisants que d'autres. De modestes outils peuvent être utilisés par le juge lors du prononcé de la sanction (A), quand d'autres, plus satisfaisants mais incertains, permettent de ne pas engager la responsabilité pénale du lanceur d'alerte pour atteinte au secret de la défense nationale (B).

A. Des outils relatifs au prononcé de la sanction : modestes protections du lanceur d'alerte

Dans ces hypothèses, c'est le juge pénal qui va assurer une certaine protection du lanceur d'alerte soit en prononçant une sanction minorée (1) soit en prononçant une dispense de peine (2).

1.Le prononcé d'une sanction minorée

L'hypothèse peut être la suivante : après avoir dévoilé ou porté à la connaissance du public une information classifiée secret-défense, le lanceur d'alerte est poursuivi. L'information étant classée secret-défense et les éléments constitutifs de l'infraction étant réunis, le juge condamne le lanceur d'alerte pour l'infraction de violation du secret de la défense nationale, les peines étant particulièrement sévères[392]. Or, la modulation de la sanction pénale prononcée par le juge pourrait être l'une des (modestes) solutions protectrices du lanceur d'alerte. En effet, aux termes de l'article 132-1 du Code pénal, « *toute peine prononcée par une juridiction doit être individualisée* ». Cela suppose pour le juge de se prononcer au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité de l'auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale[393]. Et dorénavant, en matière correctionnelle, le juge doit spécialement motiver la sanction pénale prononcée[394]. En

[392] Jusqu'à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.
[393] Art. 132-1 C. Pén.
[394] Voir Cass. Crim., 1er février 2017, n° 15-83984, n° 15-85199 et notamment, Muriel GIACOPELLI, « Vers une généralisation de l'exigence de motivation en droit de la peine ? », *D.*, 2017, n° 17, p. 931-934 ; Alexis MIHMAN et Aline MAES, « La motivation des peines (en matière correctionnelle) », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 13, p. 17-21 ; Claire SAAS, « Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle : entre normativité et proportionnalité », *D.*, 2017, n° 17, p. 961-965.

outre, contrairement à ce qui existe en matière criminelle, le juge n'est pas tenu de prononcer une peine minimum d'emprisonnement[395].

Au contraire, « *en matière correctionnelle, une peine d'emprisonnement sans sursis, ne peut être prononcée qu'en dernier recours*[396] ». Le juge peut donc prononcer une peine privative de liberté réduite et assortie d'un sursis[397]. Il peut tout aussi bien décider de ne pas prononcer de peine privative de liberté, mais un stage de citoyenneté[398], un travail d'intérêt général[399] ou encore une unique peine d'amende (dont le montant peut être très faible) éventuellement assortie d'un sursis[400]. Plus encore, l'article 131-11 du Code pénal permet à une juridiction de prononcer, lorsque la loi le prévoit, une peine complémentaire, en lieu et place de la peine principale. Or, selon les articles 414-5 et 414-6 du même code, le lanceur d'alerte, coupable d'atteinte au secret de la défense nationale, encourt, en plus des peines principales d'emprisonnement et d'amende, les peines complémentaires suivantes : l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution, l'interdiction de séjour et, si le lanceur d'alerte est de nationalité étrangère, l'interdiction du territoire français. Dans cette perspective, l'idée est donc que le juge prononce, au lieu de la peine d'emprisonnement et d'amende, l'une de ces peines complémentaires. Évidemment, c'est assez peu satisfaisant. Une autre solution serait alors pour le juge de prononcer une dispense de peine.

1. Le prononcé d'une dispense de peine

L'hypothèse est la même : le lanceur d'alerte est poursuivi et condamné pour l'infraction d'atteinte au secret de la défense nationale. Mais, tout en reconnaissant la culpabilité du lanceur d'alerte, le juge va prononcer une dispense de peine, comme le prévoit expressément l'article 132-58 du Code pénal. Après avoir démontré « *que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé*[401] », le juge peut en effet accorder une dispense de peine[402]. Or, en pratique, la dispense de peine équivaut à une relaxe[403], et peut alors apparaître comme « *un mécanisme de correction de la justice afin d'éviter des condamnations injustes*[404] ». Mais si satisfaisante

---

[395] En matière criminelle, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure à deux ans lorsque l'infraction est punie de la réclusion criminelle à perpétuité et à un an lorsqu'elle est punie de la réclusion criminelle à temps (voir art. 132-18 C. Pén.).
[396] Art. 132-19 C. Pén.
[397] Art. 132-30 et 132-31 C. Pén.
[398] Voir les art. 131-3 et 131-5-1 C. Pén.
[399] Voir les art. 131-3 et 131-8 C. Pén.
[400] Art. 132-30 et 132-31 C. Pén.
[401] Art. 132-59 C. Pén.
[402] Cass. Crim., 13 nov. 2014, n° 13-87.943.
[403] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, Paris, LexisNexis, 2014, 3e édition, p. 1117.
[404] Jean-Paul CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », *Répertoire pénal*, 2017, § 97.

puisse éventuellement être cette mesure de « *faveur*[405] », la responsabilité du lanceur d'alerte aura toutefois été retenue par la juridiction pénale. Ce qui dès lors apparaît bien moins satisfaisant.

En réalité, c'est davantage sur l'engagement de la responsabilité pénale que le juge devrait pouvoir intervenir. Toutefois, s'il existe des outils plus satisfaisants permettant de ne pas engager la responsabilité pénale du lanceur d'alerte, ils demeurent encore bien fragiles.

B. Des outils relatifs à l'engagement de la responsabilité pénale : une protection à tâtons du lanceur d'alerte

Plusieurs possibilités s'offrent au juge pour reconnaître l'irresponsabilité pénale d'un lanceur d'alerte : retenir un fait justificatif légal (1), opérer un contrôle de légalité (2), opérer un contrôle de proportionnalité (3).

1. L'admission d'un fait justificatif

Le juge peut tout d'abord retenir une cause d'irresponsabilité pénale qui permettrait alors de relaxer le lanceur d'alerte. En effet, hormis les causes subjectives d'irresponsabilité pénale telles la minorité[406], la contrainte[407], le trouble psychique[408] ou encore l'erreur de droit[409], plusieurs causes objectives d'irresponsabilité pénale, dites faits justificatifs, sont définies par le Code pénal. Trois d'entre elles sont trop éloignées de l'hypothèse ici étudiée : l'ordre ou l'autorisation de la loi[410] car précisément la loi n'ordonne ni n'autorise la violation du secret de la défense nationale, le commandement de l'autorité légitime[411] car il ne concernerait alors que l'hypothèse du lanceur d'alerte ayant reçu l'ordre d'une autorité publique légitime[412], la légitime défense[413] car elle suppose l'existence d'une attaque injustifiée. En revanche, la loi du 9 décembre 2016 **relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique**[414] est venue créer une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale à l'article 122-9 du Code pénal. Selon ce dernier, ne sera pas responsable pénalement, *« la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts*

---

[405] Evelyne BONIS-GARCON, Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, Paris, LexisNexis, 2015, 2e édition, p. 222.
[406] Art. 122-8 C. Pén.
[407] Art. 122-2 C. Pén.
[408] Art. 122-1 C. Pén.
[409] Art. 122-3 C. Pén.
[410] Art. 122-4 al. 1er C. Pén.
[411] Art. 122-4 al. 2 C. Pén.
[412] Voir, par exemple, Xavier PIN, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2018, 9e édition, p. 236-238.
[413] Art. 122-5 C. Pén.
[414] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte » prévus à l'article 6 de cette même loi du 9 décembre 2016. À la lecture rapide de cet article 122-9, le lanceur d'alerte en matière de secret défense semble donc pouvoir bénéficier de cette cause d'irresponsabilité pénale. Mais la lecture combinée de l'article 122-9 avec l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 nous apprend qu'il n'en n'est rien. En effet, l'article 6 de ladite loi énonce précisément que « *les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre*[415] ». En réalité, le lanceur d'alerte qui violerait le secret de la défense nationale n'est pas protégé pénalement par cette cause d'irresponsabilité pénale. Il reste toutefois une dernière opportunité au lanceur d'alerte de bénéficier d'un fait justificatif légal : invoquer l'état de nécessité prévu par l'article 122-7 du Code pénal[416].

En effet, aux termes de cet article, ne sera pas pénalement responsable « *la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». L'état de nécessité est donc la situation dans laquelle une personne commet volontairement une infraction (ici la violation du secret de la défense nationale) dans le but d'éviter, pour elle-même, pour autrui ou pour un bien, un péril actuel ou imminent. Face à ce péril actuel ou imminent, la personne n'a pas d'autre possibilité que de violer le secret de la défense nationale. Trois difficultés apparaissent immédiatement. D'abord, ce fait justificatif ne concerne que les hypothèses, somme toute restreintes, dans lesquelles les lanceurs d'alerte violent le secret de la défense nationale pour mettre à jour un danger. Ensuite, ce péril actuel ou imminent est apprécié très strictement par les juges, de sorte qu'un danger hypothétique, éventuel, une simple crainte ne suffit pas[417]. Enfin, l'acte accompli (ici la violation du secret de la défense nationale) doit être nécessaire et proportionnée, c'est-à-dire, qu'il doit être le meilleur moyen de prévenir le danger, d'éviter le danger ou de le faire cesser[418]. Et, là encore, cette condition est appréciée très strictement par les juridictions. Au final, l'état de nécessité ne semble pouvoir couvrir que peu d'hypothèses.

Les différentes causes d'irresponsabilité pénale légalement consacrées n'apparaissent donc pas véritablement protectrices du lanceur d'alerte en matière de secret de la défense nationale. Une autre possibilité pour agir sur la responsabilité pénale du lanceur d'alerte est

---

[415] Art. 6 al. 2 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
[416] Dans le même sens, mais de manière générale et non limitée au secret de la défense nationale, Elise LETOUZEY, « La pénalisation de l'alerte », in *Les lanceurs d'alerte – L'anniversaire de la loi Sapin II*, Colloque, Palais de Justice de Versailles, 8 décembre 2017.
[417] Voir, par exemple, Cass. Crim. 1er juin 2005, *Bull. Crim.* n° 168.
[418] Voir, par exemple, Xavier PIN, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2018, 9e édition, p. 244-248.

alors pour le juge de ne pas qualifier l'infraction d'atteinte au secret de la défense nationale en opérant un contrôle de légalité.

2. L'utilisation du contrôle de légalité

Il s'agit pour le juge de dire l'infraction non caractérisée, notamment parce qu'il manque un élément. En l'occurrence, dans notre hypothèse, l'infraction n'est pas caractérisée car la condition préalable fait défaut, à savoir la classification d'un document ou d'une information qui porte atteinte à la défense nationale. De la sorte, le juge pénal viendrait apprécier la légalité de la décision de classification. Le peut-il ? Rien n'est moins sûr, mais aux termes de l'article 111-5 du Code pénal : « *Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* ». Si la décision de classification est bien un acte administratif, le juge peut donc en apprécier la légalité et, s'il juge que la classification est illégale car elle ne protège en rien la défense nationale, il peut alors prononcer la relaxe. C'est l'exception d'illégalité qui pourrait donc protéger d'une condamnation pénale le lanceur d'alerte dénonçant une classification abusive. Pour certains, cela est possible[419], pour d'autres non[420]. En 1987, la question fut posée par Roland DUMAS au Garde des Sceaux à la suite de l'arrêt de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire dite du « vrai-faux passeport[421] ».

L'idée était, en réalité, de savoir si le secret-défense pouvait être détourné de son but afin de couvrir une affaire de droit commun[422]. Une partie de la réponse du Ministre de la Justice[423] est, pour ce qui nous concerne, tout à fait intéressante : « *les juridictions de l'ordre judiciaire, pour leur part, ne peuvent décider du caractère secret de documents ou d'informations divulgués que dans le cadre des poursuites diligentées du chef d'atteinte à la sûreté de l'État, et ce afin d'être en mesure de se prononcer sur la culpabilité, ce caractère constituant l'un des éléments de l'infraction poursuivie*[424] ». Dans le même sens[425], Michel SAPIN, alors Ministre délégué à la Justice, avait apporté une réponse assez proche lors d'un débat à l'Assemblée Nationale en 1991, à propos de l'article 413-9 du Code pénal : « *l'administration ne jouira pas d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation pour procéder au*

---

[419] Laurent BECUYWE, « Procédure pénale et secret défense », *Droit pénal*, 2004, n° 1, chron. 1, p. 5 ; Frédéric DESPORTES, Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2008, 15e édition, p. 232.

[420] André VITU, François ROUSSEAU, « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. – Autres atteintes à la défense nationale. – Atteintes à la sécurité des forces armées et aux zones protégées. – Atteintes au secret de la défense nationale », *JCL Pénal Code*, Fasc. 20 § 93 et suiv.

[421] Roland DUMAS, Question écrite n° 25918, 8 juin 1987 : JOAN Q 3 août 1987, p. 4449-4450. Voir sur ce point, Laurent BECUYWE, « Procédure pénale et secret défense », *Droit pénal*, 2004, n° 1, chron. 1, p. 4.

[422] Roland DUMAS, Question écrite n° 25918, 8 juin 1987 : JOAN Q 3 août 1987, p. 4449-4450.

[423] Albin CHALANDON.

[424] Roland DUMAS, Question écrite n° 25918, 8 juin 1987 : JOAN Q 3 août 1987, p. 4449-4450.

[425] Voir Laurent BECUYWE, « Procédure pénale et secret défense », *Droit pénal*, 2004, n° 1, chron. 1, p. 4 ; Frédéric DESPORTES, Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2008, 15e édition, p. 232.

classement, car le deuxième alinéa du texte proposé pour l'article 413-9 fixe le cadre légal dans lequel devra être prise sa décision. Celui-ci prévoit deux possibilités : seules pourront faire l'objet d'une mesure de classement les informations dont la divulgation, serait de nature à nuire à la défense nationale et celles pouvant conduire à la découverte des informations précédentes. Ce nouveau cadre légal permettra au juge d'apprécier la pertinence de la décision de classement au regard des conditions générales posées par la loi[426] ». En vertu de l'article 111-5 du Code pénal et des différents débats parlementaires, le juge répressif semble donc être en mesure de vérifier la légalité d'une classification au cours d'un procès pour violation du secret de la défense nationale. Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de jurisprudence claire sur la question, le doute est encore permis, même si tout espoir n'en n'est pas pour autant anéanti. D'ailleurs, au visa de l'article 111-5 du Code pénal, la Cour de cassation avait rappelé en 2000 que « *les juges répressifs ont l'obligation de statuer sur toute question dont dépend selon eux l'application de la loi pénale*[427] ».

De surcroît, il faut préciser que l'infraction d'atteinte au secret de la défense nationale est également constituée si le « futur » ou « potentiel » lanceur d'alerte n'a pas encore porté le secret à la connaissance du public, mais qu'il a simplement tenté de le faire[428] ou pris connaissance de l'information classifiée[429]. Dans cette hypothèse, le juge peut ne pas connaître non plus le contenu du secret et être ainsi dans l'incapacité de se prononcer sur la légalité de l'acte administratif. En effet, on sait que le magistrat peut aussi se voir opposer le secret de la défense nationale[430]. Mais il peut toujours essayer d'obtenir, de la part de l'administration, la communication des informations et des éléments classifiés. Pour cela, il doit adresser au « *ministre compétent une réquisition aux fins de transmission des documents utiles à la manifestation de la vérité*[431]». En bref, il demande une déclassification ainsi que la communication d'informations protégées par le secret-défense[432]. Le ministre doit alors saisir immédiatement la CCSDN[433], l'autorité administrative indépendante créée par la loi du 8 juillet 1998[434] et chargée « *de donner un avis sur la déclassification et la communication d'informations*[435] ». Dans les deux mois, celle-ci émet un avis, qui peut être favorable, favorable à une déclassification partielle ou défavorable[436]. Pour motiver son avis, la commission prend alors en considération « *d'une part, les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, ou l'exercice du pouvoir de contrôle du Parlement, d'autre part, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des*

---

[426] Michel SAPIN, JOAN CR, 2e séance 7 oct. 1991, p. 4247.
[427] Cass. Crim., 20 septembre 2000, pourvoi n° 00-83437.
[428] Art. 413-12 C. Pén.
[429] Art. 413-11 C. Pén.
[430] Voir *supra*.
[431] Art. 68 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.
[432] Art. L. 2312-4 C. défense.
[433] *Ibid.*
[434] Loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale.
[435] Art. L. 2312-1 C. défense.
[436] Art. L. 2312-7 C. défense.

personnels[437] ». L'avis est ensuite transmis au ministre[438] qui, à son tour, notifiera au juge sa décision[439]. Comme il ne s'agit que d'un avis, le ministre n'est donc pas tenu par ce dernier. Le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de ces dispositions, mais n'y a vu aucune contrariété à la Constitution « *en raison des garanties d'indépendance conférées à la commission ainsi que des conditions et de la procédure de déclassification et de communication des informations classifiées*[440] ». Ce constat fait naître un paradoxe singulier[441] : dans un cas, le juge déclarerait illégale une classification en vertu de l'article 111-5 du Code pénal ; dans l'autre, il ne pourrait pas accéder à l'information en raison d'un refus de déclassification. Face à cette aporie, c'est donc vers une autre piste qu'il est permis de s'orienter : la modification du droit positif. En effet, il pourrait s'agir d'introduire un contrôle juridictionnel[442], comme c'est par exemple le cas au Royaume-Uni[443]. Ainsi, le juge, se voyant opposer le secret-défense, pourrait au moins obtenir la communication de l'information ou du support et apprécier lui-même la légalité et la pertinence de la classification secret-défense[444], sans pour autant porter l'information à la connaissance du public. Le paradoxe ainsi évoqué disparaîtrait. Dans un procès pour violation du secret de la défense nationale, si le secret est d'ores et déjà divulgué, le juge pourrait alors apprécier la légalité de la classification. Si le secret n'est pas encore dévoilé, le juge pourrait, cette fois, obtenir la communication de l'information ou du support afin d'en apprécier la légalité. C'est d'ailleurs ce que recommande le Principe 6 des Principes globaux sur la sécurité nationale et le droit à l'information (dit « Principes de Tshwane ») selon lequel « *tous les organismes de surveillance, de médiation et d'appel, y compris les cours et tribunaux, doivent avoir accès à toutes les informations, y compris relatives à la sécurité nationale, qui sont nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, et ce quel qu'en soit le niveau de classification*[445] ». Mais une telle réforme n'a pas encore vu le jour. Une dernière opportunité s'offre alors au juge : le contrôle de proportionnalité.

3. L'utilisation du contrôle de proportionnalité

---

[437] *Ibid.*
[438] *Ibid.*
[439] Art. L. 2312-8 C. défense.
[440] CC, Décision n° 2011-192, 10 novembre 2011, Mme EKATERINA B., épouse D., et autres [Secret défense], Considérant n° 28.
[441] Bertrand WARUSFEL, « Le contrôle du secret de la défense nationale : une exigence de l'État de droit », *Droit et Défense*, 1996, n° 4, p. 31.
[442] Patrice SARTRE, Philippe FERLET, « Le secret défense en France », *Études*, 2010/2, p. 174.
[443] Olivier LE BOT, « Accès aux documents administratifs et secret de la défense nationale », *JCP (Adm.)*, 19 décembre 2016, n° 50, p. 19. Ou encore en Espagne, aux USA, en Allemagne : *Le secret de la défense nationale devant le juge : la situation aux États-Unis, et les exemples allemand, espagnol, italien et britannique*, in Nicolas ABOUT, Rapport du Sénat n° 337-1997/1998, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale, Annexe 1 ; Service des affaires européennes, *Le secret de la défense nationale devant le juge*, février 1998.
[444] Olivier LE BOT, « Accès aux documents administratifs et secret de la défense nationale », *JCP (Adm.)*, 19 décembre 2016, n° 50, p. 19.
[445] Principes globaux sur la sécurité nationale et le droit à l'information (dit « Principes de Tshwane »), finalisés à Tshwane, Afrique du Sud, publiés le 12 juin 2013 par Open Society Foundations, Principe 6.

Une autre alternative serait pour le juge pénal d'écarter la responsabilité pénale du lanceur d'alerte en se fondant sur la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la CESDH. En effet, à ce sujet, la CEDH a développé un certain nombre de critères permettant d'évaluer la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression d'un lanceur d'alerte.
Dans l'arrêt *GUJA contre Moldova*[446], la CEDH s'est en effet prononcée sur la proportionnalité de la révocation d'un fonctionnaire ayant divulgué dans la presse des informations qui sous entendaient l'ingérence du gouvernement dans la justice pénale. Dans cette affaire, elle a listé un certain nombre de critères[447] : l'existence d'autres moyens pour procéder à la divulgation, l'intérêt public présenté par l'information divulguée, l'authenticité de l'information divulguée, le poids respectif du dommage que la divulgation litigieuse risque de causer à l'autorité publique et de l'intérêt que le public peut avoir à obtenir cette divulgation, la bonne foi et la sévérité de la sanction[448]. Ces critères ont ensuite été repris par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *BUCUR et TOMA contre Roumanie* du 8 janvier 2013, affaire dans laquelle l'un des requérants, fonctionnaire, avait précisément été condamné pénalement à deux ans d'emprisonnement avec sursis, notamment pour divulgation d'informations classées « ultrasecrètes[449] ». Reprenant successivement les critères qu'elle avait formulés, la CEDH conclut une nouvelle fois à la violation de l'article 10 de la Convention[450].

Les critères développés par la Cour de Strasbourg rappellent ceux énoncés à l'article 122-9 du Code pénal relatif à la nouvelle cause d'irresponsabilité pénale visant les lanceurs d'alerte[451]. Le législateur a en effet introduit un contrôle de proportionnalité à la faveur du

---

[446] Cour EDH, 12 février 2008, *Affaire GUJA c. Moldova*, Requête n° 14277/04. Sur cet arrêt, voir notamment Valérie JUNOD, « La liberté d'expression du Whistleblower », *RTDH*, 2008, n° 77, p. 228-260.
[447] Dans son arrêt *STOLL c. Suisse* du 10 décembre 2007 (Requête n° 69698/01), concernant un journaliste condamné pour publication « de débats officiels secrets », la CEDH avait opéré un contrôle de proportionnalité entre la liberté d'expression du journaliste d'une part et la prévention de « la divulgation d'informations confidentielles » d'autre part sur la base de quatre critères : les différents intérêts en présence, le contrôle exercé par les juridictions internes, le comportement du requérant et la proportionnalité de la sanction prononcée (§ 112). À l'issue de son contrôle de proportionnalité, la CEDH avait cependant conclu, dans cette espèce, à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention. Sur cet arrêt, voir notamment Michel HOTTELIER, « La liberté de la presse entre confidentialité et provocation : mode d'emploi pour faire chuter une liberté de son piédestal », *RTDH*, 2008, n° 75, p. 801-810.
[448] Cour EDH, 12 février 2008, *Affaire GUJA c. Moldova*, Requête n° 14277/04, § 73 et suivants.
[449] Cour EDH, 8 janvier 2013, *Affaire BUCUR et TOMA c. Roumanie*, Requête n° 40238/02, § 3. Sur cet arrêt, voir notamment Valérie JUNOD, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis Guja ? », *RTDH*, 2014, n° 98, p. 459-482.
[450] Cour EDH, 8 janvier 2013, *Affaire BUCUR et TOMA c. Roumanie*, Requête n° 40238/02, § 120.
[451] Pour rappel : « N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ». Quant à l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016, il précise que « *Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ».

lanceur d'alerte poursuivi pénalement. Si la divulgation d'une information secrète paraît, au juge, nécessaire et proportionnée, alors le lanceur d'alerte ne sera pas pénalement responsable. Sauf que, sont justement exclus du bénéfice de ce fait justificatif, les lanceurs d'alerte poursuivis pour violation du secret de la défense nationale, le secret-défense étant absolu. Inutile donc d'envisager la modification de cet article pour faire bénéficier de tels lanceurs d'alerte d'un contrôle de proportionnalité, le législateur l'a très explicitement écarté.

Mais selon les Principes de Tshwane, et en particulier les principes 37 et 41, la divulgation, par les fonctionnaires, d'informations sur certains méfaits devrait être protégée contre des poursuites pénales[452], que les informations soient ou non classifiées : crimes, violations des droits humains, violations du droit humanitaire international, corruption, menaces pour la santé et la sécurité du public, danger pour l'environnement, abus de pouvoir à un office public, erreur judiciaire, mauvaise gestion ou gaspillage des ressources, représailles suite à la divulgation de l'une des catégories de méfaits ci-dessus, dissimulation délibérée d'un cas entrant dans l'une des catégories ci-dessus[453]. Bien entendu, cette divulgation doit répondre à un certain nombre de critères tels que la bonne foi[454], le respect d'une certaine procédure[455], la prudence dans la révélation d'informations qui s'est limitée aux informations raisonnablement nécessaires pour mettre en évidence l'acte répréhensible[456], la présence de motifs raisonnables de penser que la révélation d'informations était plus bénéfique que dommageable pour l'intérêt général[457]. Quant aux personnes qui ne sont pas fonctionnaires, le principe 47 des Principes de Tshwane, recommande même qu'elles ne soient pas sanctionnées *« pour la réception, la possession ou la divulgation au public d'informations classifiées*[458] ». Mais là encore, le législateur ne semble pas avoir véritablement mobilisé les Principes de Tshwane lors de l'élaboration de la loi du 9 décembre 2016.

En somme, il existe des outils, il existe des principes, il existe des recommandations, plutôt favorables à ce qu'un lanceur d'alerte ayant divulgué un secret-défense « abusif » puisse bénéficier d'une immunité pénale, d'un fait justificatif. Mais pour reprendre la formule de

---

[452] Principes globaux sur la sécurité nationale et le droit à l'information (dit « Principes de Tshwane »), finalisés à Tshwane, Afrique du Sud, publiés le 12 juin 2013 par Open Society Foundations, Principes 37 et 41.
[453] *Ibid*, Principe 37.
[454] *Ibid*, Principe 38.
[455] Par exemple, selon le principe 40, la personne doit avoir déjà tenté de signaler un acte répréhensible, à moins qu'il n'ait pas existé d'organisme susceptible d'enquêter avec efficacité ou si le signalement pouvait présenter un risque significatif de destruction des preuves, ou de représailles à l'encontre du lanceur d'alerte ou d'un tiers.
[456] Principes globaux sur la sécurité nationale et le droit à l'information (dit « Principes de Tshwane »), finalisés à Tshwane, Afrique du Sud, publiés le 12 juin 2013 par Open Society Foundations, Principe 40.
[457] *Ibid.*
[458] *Ibid*, Principe 47.

Félix Rome, « *c'est probablement à Strasbourg que se décidera demain le sort du secret-défense à la française* »[459]. À suivre donc...

2. Prévoir des aménagements pertinents aux obligations de confidentialité

Lever les obligations de confidentialité d'origine jurisprudentielle tant dans le secteur public (a.) que privé (b.) participe de la libération de la parole des lanceurs d'alerte

a) Dans le secteur public

Par Jean-Philippe Foegle et Serge Slama

Dans la fonction publique française, les rigueurs de l'obligation de réserve ont été tempérées par un devoir de critique, qui s'exprime principalement par le biais du *droit de désobéir* inscrit à l'article 28 de la loi de 1983, qui précise que le fonctionnaire n'a pas à obéir « *dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». Cette exception trouve son origine dans l'arrêt *Langneur du Conseil d'État.460* mais fait l'objet d'une interprétation restrictive du juge administratif qui exige la réunion des deux critères (un acte illégal et 461nuisible à un intérêt public)462. Toutefois, comme le note Antony Taillefait « *montre très nettement que le caractère manifestement illégal de l'acte s'efface au profit de l'atteinte grave qu'il porte à un intérêt public pour déterminer la légalité de l'usage de la désobéissance* »463. Reste néanmoins que le « *droit de résistance* » du fonctionnaire apparaît d'une justiciabilité bien douteuse.

Au-delà de ce droit embryonnaire de résistance, la jurisprudence administrative a largement toléré les critiques internes à l'administration. Ainsi, dans une décision du 27 septembre 2006464, le Conseil d'État a jugé que la réalité de dysfonctionnements d'une administration pouvait justifier des critiques, sans méconnaissance du devoir de retenue. En revanche, comme nous l'avons constaté supra, les critiques exprimées en-dehors de l'administration restent généralement peu protégées, bien que la situation tende à évoluer465. Ainsi, dans

---

[459] Félix ROME, « Le Conseil constitutionnel et le secret-défense : une décision mi figue, mi raison… », *D.* 2011, n° 40, p. 2721.

[460]CE, 10 nov. 1944

[461]Nous soulignons.

[462]CE, 27 mai 1949, *Arasse*, Rec. CE 1949, p. 249

[463]TAILLEFAIT (A.), « Obligations des agents publics », *JurisClasseur Administratif*, fasc. 183, 2013.

[464]CE, sous-sections réunies, 27 septembre 2006, req. n° 282056.

[465]Signalons à cet égard un jugement très récent du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise dégageant *par anticipation, un « principe général du droit » interdisant à l'administration de prendre des mesures discriminatoires à l'encontre des fonctionnaires ayant dénoncé des faits délictueux commis par leurs subordonnés ou par leur hiérarchie* « Voir TA Cergy-Pontoise, 7e Ch., 15 juillet 2014, *M.H.*, Req. N° 1110539

la décision Matelly de 2011466, le Conseil d'État a, tout en refusant de ménager un *« droit de critique »* particulier attaché à la qualité de chercheur associé, jugé disproportionnée la sanction de mise à la retraite d'office infligée à un militaire pour avoir cosigné une tribune critiquant la politique gouvernementale de rattachement de la gendarmerie au ministère de l'intérieur .

Reconnaissant que l'attitude du requérant était fautive, le conseil d'Etat considère toutefois la sanction comme disproportionnée au regard de deux éléments. Le premier tenait à la critique elle-même « *qui exprim[ait] une critique de fond présentée comme une défense du corps d'appartenance de l'intéressé et formulée en termes mesurés, sans caractère polémique* » et le second, aux excellents états de service du requérant. Sans que ne soit reconnu le droit à la critique polémique de l'administration, le fait pour un fonctionnaire de s'exprimer de manière mesurée peut permettre d'atténuer la force d'éventuelles sanctions. En outre,dans un arrêt de 2011, la CAA de Marseille a estimé que ne manquait pas à son obligation de réserve une fonctionnaire ayant dénoncé dans la presse un système d'éviction des cadres en place *«afin de promouvoir abusivement certains agents subalternes liés à sa personne par leur appartenance commune à un cercle philosophique»*[467]. Reste que cet amoncellement de décisions isolées ne forment pas en tant que tel une *« jurisprudence »* protectrice des lanceurs d'alerte à proprement parler. De plus, la jurisprudence récente du conseil d'État apparaît extrêmement timide, pour ne pas dire timorée[468], en la matière, bien que la réflexion sur les « *lanceurs d'alerte* » semble revêtir une importance croissante aux yeux de cette institution[469].

b) Dans le secteur privé

La loi Sapin II et les clauses de confidentialité à la lumière des pratiques américaines

Par Johanna Schwartz-Miralles

[466]CE, 12 janvier 2011, *M. Matelly,* n° 338461. V, sur cette décision : SLAMA (S.), " Annulation de la radiation des cadres d'un officier de gendarmerie en raison du caractère disproportionné de la sanction à et injonction à réintégrer (suite mais sûrement pas fin de l'affaire Matelly) " in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 13 janvier 2011.

[467]CAA Marseille, 27 septembre 2011, req. n° 09MA02175

[468]En témoigne le rejet réçent, dans une affaire emblématique, d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte. V. FOEGLE (J-P), SLAMA (S.), « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 14 mars 2014.

[469]V. Notamment : « Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires ? », Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, à l'Ecole nationale d'administration le 27 mars 2013

Les clauses de confidentialité, connues également sous le nom de clauses de « discrétion », de « secret », de « non-divulgation » ou de « réserve »[470], sont des clauses contractuelles qui interdisent au débiteur de *« communiquer à des tiers [des] informations protégées dont il aurait eu connaissance au cours de l'exécution [d'un] contrat, voire même lors de sa négociation »*[471]. Ces clauses imposent aux débiteurs une obligation de ne pas faire[472], à savoir, de ne pas communiquer certaines informations contractuellement définies[473]. Déjà reconnues par les droits américain et français, ces clauses sont, depuis l'ordonnance du 10 février 2016[474], expressément prévues par le Code Civil français en son article 1230, qui dispose que la résolution d'un contrat n'affecte pas les clauses *« destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité [...]»*.

Les clauses de confidentialité sont des outils contractuels privilégiés pour protéger des informations sensibles. Préserver le secret peut s'avérer nécessaire, par exemple, afin de développer une nouvelle technologie sans qu'un concurrent ne s'approprie l'idée novatrice[475] ; pour partager des informations au cours une négociation, sans pour autant en perdre le contrôle ou l'exclusivité[476] ; ou en vue de protéger les données personnelles des clients ou encore des sujets de recherche[477]. Ainsi, si le droit français protège les informations échangées lors des pourparlers au moyen de la responsabilité délictuelle[478], l'inclusion d'une clause contractuelle de réserve dans un accord de négociation peut

---

470 V. Y. AUBREE, *Rép. trav. Dalloz*, « Clause de confidentialité » ; L. GRATTON, « La clause de confidentialité sans contrepartie financière obligatoire, un horizon indépassable ? », obs. sous Cass. soc., 15 oct. 2014, *Rev. trav.* 2015, p. 39, n° 13-11.524.

471 L. GRATTON, La clause de confidentialité sans contrepartie financière obligatoire, un horizon indépassable ?, op. cit. Sur les clauses de confidentialité en droit français, v. également M. JAOUEN, « Négociations et obligation de confidentialité », *AJCA* 2016, p. 275 ; C. CASEAU-ROCHE, « La clause de confidentialité », *AJCA* 2014, p. 119 ; O. LECLERC, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Dr. soc.* 2005, p. 173 ; J.-M. GARINOT, *Le secret des affaires*, th. Bourgogne, 2011, LexisNexis, 2013, p. 221-223.

472 C. CASEAU-ROCHE, « La clause de confidentialité », op. cit., p. 119.

473 Elles peuvent, par exemple, disposer, que ne peut être divulguée aucune information sur une société *« concernant [...] les conditions de fabrication [des] produits (procédés techniques et formules de fabrication, nature et quantité des composants ou ingrédients utilisés, etc.), sa politique de gestion des achats de marchandises, de matériels et de matières premières (prix d'achat, etc.), sa politique commerciale et d'investissements (marge bénéficiaire, projets d'acquisition ou de restructuration, etc.), ses comptes et résultats financiers (bilan, résultat, ann.) ... pour quelque cause que ce soit »*. V. Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.322.

474 Ord. n° 2016-131, 10 fév. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR : JUSC1522466R, ELI : https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte.

475 V. C. CASEAU-ROCHE, « La clause de confidentialité », op. cit. : *« Par exemple, les contractants s'interdisent de révéler les connaissances techniques transmises dans les contrats de recherche, de licence de know-how. »*

476 V. G. HAAS, E. FALCONIERI et W. O'RORKE, « L'impact de la confidentialité et du secret sur l'innovation », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 313.

477 V. A.E. GARFIELD, « Promises of Silence : Contract Law and Freedom of Speech », 83 *Cornell L. Rev.* 261, 1998, p. 269-274 ; A.R. MILLER, « Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts », 105 *Harvard L. Rev.* 427, 1991, p. 475.

478 V. C. civ., art. 1112-2 : *« Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ».*

permettre de souligner et de sanctionner plus aisément la violation du devoir de confidentialité à cette étape préliminaire de la relation contractuelle[479].

Les clauses de confidentialité peuvent également conforter la protection d'informations sensibles dans une période post-contractuelle, comme par exemple après la cessation d'un emploi où un ancien salarié n'est plus soumis au devoir de loyauté découlant de son contrat de travail[480]. Même dans les situations où un devoir préexistant de protéger des informations sensibles existe, les clauses contractuelles de réserve sont utiles dans la mesure où elles rappellent aux débiteurs leurs devoirs de réserve et explicitent le champ d'application de ces devoirs[481]. Les clauses de confidentialité augmentent également la probabilité qu'une information soit reconnue comme étant un « secret d'affaires ». En effet, depuis l'adoption de la Directive européenne n° 2016/943 *sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*, qui sera transposée en droit français avant le 9 juin 2018, ce statut dépend notamment des mesures « raisonnables » prises par le détenteur légitime d'un secret d'affaires d'en préserver la confidentialité[482]. La négociation d'une clause de confidentialité peut constituer une mesure « raisonnable » prise pour protéger le secret d'affaires, et ainsi contribuer à ce que ce statut soit préservé[483].

Toutefois, si les clauses de confidentialité figurent parmi les techniques contractuelles légitimes et utiles, elles peuvent être déployées à des fins moins louables, comme par exemple d'empêcher la communication des actes illicites aux autorités publiques. Dans l'affaire *E.E.O.C. v. Astra*[484], par exemple, une société américaine sous examen pour des faits de harcèlement sexuel commis en son sein aurait conclu au moins onze accords avec des salariés victimes ou témoins des actes de harcèlement en question, leur interdisant aussi bien de communiquer avec les enquêteurs que de porter plainte. Une autre société américaine, KBR Inc., a récemment attiré l'attention de la U.S. Securities and Exchange Commission (« SEC ») pour avoir rédigé une clause de confidentialité qu'elle faisait signer à tout collaborateur ayant témoigné dans une enquête interne menée par la société sur des violations de la loi financière américaine ; cette clause, qui sera abordée en plus de détail ci-après, exigeait des salariés d'obtenir l'autorisation préalable de la direction juridique avant de communiquer avec quiconque au sujet de l'enquête[485]. Selon la SEC, de telles clauses de confidentialité semblent conçues pour *« inhiber la communication »* entre le lanceur

---

479 M. JAOUEN, « Négociations et obligation de confidentialité », op. cit. V. également J.-M. GARINOT, *Le secret des affaires*, op. cit., p. 219 ; D. MARTIN, « Le secret d'affaires, notion en devenir », *LPA* 31 juill. 2015, n° 152, p. 4.

480 Y. AUBREE, *Rép. trav. Dalloz*, « Clause de confidentialité », ¶ 168 ; J.-M. GARINOT, *Le secret des affaires*, op. cit., p. 219.

481 C. CASEAU-ROCHE, « La clause de confidentialité », op. cit.

482 Dir. (UE) n° 2016/943 du PE et du Cons., 8 juin 2016, ELI : http://data.europa.eu/eli/dir/2016/943/oj, art. 2.

483 V. P.S. MENELL, « Tailoring A Public Policy Exception to Trade Secret Protection », 105 *Cal. L. Rev.* 1, 2017, p. 12.

484 94 F.3d 738 (1st Cir. 1996).

485 In re KBR, Inc., Exchange Act Release n° 74619, 1 avr. 2015.

d'alerte et les agences publiques sur des questions d'intérêt général[486]. Au vu de leur effet dissuasif sur l'alerte, la répression de ces clauses par les agences publiques américaines devient de plus en plus courante, surtout depuis l'entrée en vigueur en 2010 de la loi Dodd-Frank.

En France, l'articulation entre les clauses de confidentialité et le droit d'alerte reste à définir. Certes, le droit commun français considère comme nulles les clauses contractuelles qui heurtent l'ordre public[487]. Le droit du travail pour sa part interdit toute restriction à la liberté d'expression d'un salarié qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché[488], ce qui semble exclure l'application d'une clause de confidentialité pour restreindre une alerte auprès de l'autorité publique[489]. En outre, dans sa Recommandation CM/Rec(2014)7 sur la protection des lanceurs d'alerte, le Conseil d'Europe a posé comme principe qu'*« [u]n employeur ne devrait pas pouvoir se prévaloir des obligations légales ou contractuelles d'une personne pour empêcher cette personne de faire un signalement ou une révélation d'informations d'intérêt général, ou pour la sanctionner pour cette action »*[490]. Ainsi, a-t-il ajouté, *« aucune condition ou clause dans un contrat ou un accord – que ce soit un contrat de travail ou un accord en matière de règlement – entre un individu et la personne ou l'organe pour lequel il travaille ne peut être utilisée pour empêcher celui-ci de faire un signalement ou une révélation d'informations d'intérêt général »*[491].

Il se peut qu'en reconnaissance de ces principes généraux, le législateur français n'a pas trouvé nécessaire de préciser, dans la loi n° 2016-16 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* (loi « Sapin II »), l'inopposabilité des clauses de confidentialité à l'égard des lanceurs d'alerte[492]. Une telle précision avait cependant été réclamée par plusieurs députés, qui auraient inscrit dans la loi Sapin II une disposition selon laquelle *« [t]oute obligation de confidentialité,*

---

[486] Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934, Exchange Act Release n° 34-64545, 76 Fed. Reg. 34352 (13 juin 2011) : *« [A]n attempt to enforce a confidentiality agreement against a whistleblower to prevent his or her communications with Commission staff about a possible securities law violation could inhibit those communications even when such an agreement would be legally unenforceable, and would undermine the effectiveness of the countervailing incentives that Congress established to encourage whistleblowers to disclose possible violations to the Commission. »*

[487] C. civ., art. 6.

[488] C. trav., art. 1121-1.

[489] O. LECLERC, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », op. cit.

[490] CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation CM/Rec(2014)7 sur la protection des lanceurs d'alerte et exposé des motifs*, 30 avr. 2014, p. 8, principe 11.

[491] Ibid., p. 34, ¶ 57.

[492] Le choix du législateur n'était pas le même s'agissant notamment de l'interaction entre certains secrets professionnels et le droit d'alerter. Il a bien été précisé dans l'article 6, alinéa 2 de la loi Sapin II que, mis à part le secret de l'avocat, le secret défense, et le secret médical, le secret professionnel ne peut plus être opposé à une personne qui peut être qualifiée de « lanceur d'alerte » en l'application de la définition figurant dans l'article 6 de la loi Sapin II, dès lors que cette personne a lancé une alerte suivant la procédure d'alerte par paliers, qui est détaillée dans l'article 8 de la loi.

faisant obstacle au signalement ou à la révélation d'un crime, d'un délit, d'une menace ou d'un préjudice graves pour l'intérêt général, est nulle »[493].

Quoi qu'il en soit, il semble utile d'examiner l'expérience américaine (I.), vieille de presqu'un demi-siècle en matière de la protection juridique des lanceurs d'alerte, afin d'éclaircir certaines questions soulevées par la loi Sapin II. En effet, le droit américain poursuit une double démarche sur la question des clauses de confidentialité et l'alerte éthique. D'un côté, elle refuse (sous conditions) l'application des clauses de confidentialité à l'égard des lanceurs d'alerte. De l'autre, elle réprime de plus en plus souvent et par voie de sanctions administratives l'utilisation des clauses de confidentialité qui pourraient poser obstacle aux alertes. Certaines de ces techniques, notamment la répression de l'usage abusif des clauses de confidentialité, semblent utiles et plutôt facilement transposables en France sous le régime mis en place par la loi Sapin II (II).

I. L'approche américaine aux clauses de confidentialité en matière de l'alerte

La stratégie américaine au sujet des clauses de confidentialité a évolué au cours des trente dernières années. Consistant tout d'abord en un refus d'opposer ces clauses aux lanceurs d'alerte ayant fourni des informations aux autorités publiques (1), la stratégie a évolué suite à la crise financière de 2007 à 2009 vers une répression active de ces clauses (2).

1.L'inopposabilité des clauses de confidentialité à l'égard des lanceurs d'alerte

Le droit américain restreint l'application des clauses de confidentialité à l'égard des lanceurs d'alerte. Cette restriction prétorienne est ancrée principalement dans la règle selon laquelle aucun effet ne peut être donné à un accord qui heurte l'ordre public[494]. Ainsi, en présence d'une clause de confidentialité, les tribunaux mettent en balance les intérêts légitimes protégés par la clause, comme par exemple la protection du secret des affaires ou la protection des données personnelles, et l'intérêt du public dans la révélation des informations[495].

Si l'intérêt général prime sur les intérêts privés, le tribunal refusera d'appliquer le devoir de réserve. À ce titre, les tribunaux américains ont prononcé la nullité d'accords empêchant la

---

493 Assemblée nationale, amendements n[os] CL333 (20 mai 2016) et CL387 (21 mai 2016), Projet de loi n° 3623 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

494 V. notamment les arrêts suivants : E.E.O.C. v. Astra U.S.A., Inc., 94 F.3d 738, 744-745 (1st Cir. 1996) ; Takiguchi v. MRI Int'l, Inc., No. 2:13-CV-01183, 2013 WL 6528507, at *12 (D. Nev. Dec. 11, 2013) ; Amari Co. v. Burgess, 546 F. Supp. 2d 571, 582 (N.D. Ill. 2008) ; United States v. Warshak, No. 1:06-CR-00111, 2007 WL 4410237, at *9 (S.D. Ohio Dec. 13, 2007) ; Sparks v. Seltzer, No. 05-cv-1061, 2006 WL 2358157, at *4 (E.D.N.Y. Aug. 14, 2006) ; In re JDS Uniphase Corp. Sec. Litig., 238 F. Supp. 2d 1127, 1137 (N.D. Cal. 2002) ; Chambers v. Capital Cities/ABC, 159 F.R.D. 441, 444 (S.D.N.Y. 1995) ; McGrane v. The Reader's Digest Association, Inc., 822 F. Supp. 1044, 1052 (S.D.N.Y. 1993).

495 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 178 (1981) ; A.E. GARFIELD, « Promises of Silence : Contract Law and Freedom of Speech », op. cit., p. 297 ; E.E.O.C. v. Astra U.S.A., Inc., 94 F.3d 738, 744 (1st Cir. 1996) ; Saini v. Int'l Game Tech., 434 F. Supp. 2d 913, 921 (D. Nev. 2006).

divulgation d'informations sur des faits de harcèlement sexuel[496], des violations de la loi financière[497], des actes de pédophilie commis par un enseignant[498], ou encore des dangers liés aux installations nucléaires[499]. Cette règle est pourtant doublement limitée. Premièrement, une exception au devoir de préserver la confidentialité n'existe uniquement pour des communications auprès de certains destinataires, à savoir, les tribunaux[500], les autorités publiques[501], ou les avocats[502]. Les divulgations auprès des médias ne sont pas protégées, et peuvent engager la responsabilité du lanceur d'alerte lié par une clause de confidentialité. Deuxièmement, le lanceur d'alerte doit s'assurer que l'envergure de sa révélation est proportionnée aux besoins d'information du destinataire : toute révélation d'informations confidentielles non-pertinentes à l'alerte peut engager la responsabilité du lanceur d'alerte en présence d'un devoir contractuel de confidentialité. Dès lors, s'il est, par exemple, permis en principe de révéler des documents confidentiels afin d'établir des faits de corruption ou une violation de la loi[503], la responsabilité du lanceur d'alerte peut être engagée lorsqu'il fournit des documents qui sont sans rapport avec l'alerte ou dont la révélation n'était pas strictement nécessaire pour mettre fin ou remédier au comportement signalé[504]. Dans une telle hypothèse, effet est donné à la clause de confidentialité, qui interdit la communication des informations qui n'ont pas de lien suffisamment étroit avec l'alerte.

Cette solution est certainement efficace en ce qu'elle limite la responsabilité des lanceurs d'alerte en cas de procès civil. Or, elle reste une protection imparfaite. En effet, dans bien des cas, un lanceur d'alerte qui se trouve lié par une clause de confidentialité n'a que très peu de connaissances juridiques. S'étant engagé noir sur blanc à ne pas divulguer des informations, le lanceur d'alerte potentiel peut se croire, à tort, dans l'interdiction de communiquer avec les autorités publiques[505]. Il peut également se croire tenu à une obligation morale de confidentialité, même s'il sait pertinemment que son devoir n'est pas

---

496 E.E.O.C. v. Astra U.S.A., Inc., 94 F.3d 738 (1st Cir. 1996).

497 In re JDS Uniphase Corp. Sec. Litig., 238 F. Supp. 2d 1127 (N.D. Cal. 2002).

498 Bowman v. Parma Bd. of Educ., 542 N.E.2d 663, 666-667 (Ohio 1988).

499 Pollizi v. Gibbs & Hill, Inc., 87-ERA-38 (July 18, 1989), cité dans Nuclear Regulatory Commission, Preserving the Free Flow of Information to the Commission (Final Rule), 55 Fed Reg. 10397 (21 mars 1990).

500 V. par exemple In re JDS Uniphase Corp. Sec. Litig., 238 F. Supp. 2d 1127, 1137 (N.D. Cal. 2002) ; Chambers v. Capital Cities/ABC, 159 F.R.D. 441, 444 (S.D.N.Y. 1995).

501 V. par exemple E.E.O.C. v. Astra U.S.A., Inc., 94 F.3d 738, 744 (1st Cir. 1996) ; SEC v. Lipson, No. 97-C-2661, 1997 WL 801712, at *2 (N.D. Ill. Oct. 28, 1997).

502 V. par exemple Kempcke v. Monsanto Co., 132 F.3d 442, 446 (8th Cir. 1998).

503 Randolph v. ADT Sec. Servs., Inc., No. CIV.A. DKC 09-1790, 2011 WL 3476898, at *9 (D. Md. Aug. 8, 2011).

504 U.S. ex rel. Cafasso v. Gen. Dynamics C4 Sys., Inc., 637 F.3d 1047 (9th Cir. 2011) ; Niswander v. Cincinnati Ins. Co., 529 F.3d 714, 722 (6th Cir. 2008).

505 V. C.A. SULLIVAN, « The Puzzling Persistence of Unenforceable Contract Terms », 70 Ohio St. L.J. 1127, 2009, p. 1129 ; J.A. THOMAS, Petition for Rulemaking on the Issuance of a Policy Statement Regarding Certain Aspects of the Dodd-Frank Whistleblower Program, lettre addressée à Elizabeth M. Murphy, Esq., Secretary, U.S. Securities and Exchange Commission, 18 juill. 2014, p. 13-14 ; OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION, *Memorandum for Regional Administrators and Whistleblower Program Managers: New policy guidelines for approving settlement agreements in whistleblower cases*, 23 août 2016, p. 1.

d'ordre légal[506]. En outre, il existe toujours un risque que le créancier de la clause de confidentialité intente un procès judiciaire à l'encontre du lanceur d'alerte. Même si ce dernier finit par gagner le procès, il aura occasionné des frais de justice, des honoraires d'avocat, et des désagréments dans sa vie privée[507]. Tout cela fait que l'existence d'une clause de confidentialité, même si elle n'a *« aucune force obligatoire »*[508], peut entraver l'alerte.

2.La répression des clauses de confidentialité posant obstacle à l'alerte

En reconnaissance de ce fait, l'État américain commence à prendre des mesures pour réprimer l'usage des clauses de confidentialité. Avant la deuxième décennie du nouveau millénaire, la répression des *gag clauses (clauses-bâillons)* aux États-Unis était anémique. Certaines agences, notamment la Nuclear Regulatory Commission, avaient adopté des règles qui pénalisaient l'usage des clauses de confidentialité faisant obstacle à l'alerte (en l'espèce, les alertes sur les dangers et non-conformités des installations nucléaires). Des règles adoptées par la NRC en 1990 dotaient cette agence d'un important pouvoir de répression[509], avec l'autorité d'imposer des amendes allant jusqu'à 200 000 dollars par violation[510] et de retirer des contrevenants leur autorisation d'exploiter des installations nucléaires[511]. Cependant, l'agence n'a que très rarement imposé des sanctions pour l'usage d'une clause de confidentialité[512], et les rares sanctions imposées étaient dérisoires : une amende de 3 000 dollars[513], ou encore une obligation sous astreinte imposée au contrevenant de notifier ses salariés de leur droit d'alerter la Nuclear Regulatory Commission sur un danger ou une non-conformité dans une installation nucléaire[514].

---

506 C.A. SULLIVAN, « The Puzzling Persistence of Unenforceable Contract Terms », op. cit., p. 1135.

507 J.A. THOMAS, Petition for Rulemaking on the Issuance of a Policy Statement Regarding Certain Aspects of the Dodd-Frank Whistleblower Program, op. cit., p. 13-14 ; C.A. SULLIVAN, « The Puzzling Persistence of Unenforceable Contract Terms », op. cit., p. 1137-1139.

508 Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934, Exchange Act Release n° 34-64545, 76 Fed. Reg. 34352 (13 juin 2011).

509 Nuclear Regulatory Commission, Preserving the Free Flow of Information to the Commission (Final Rule), 55 Fed Reg. 10397 (21 mars 1990) ; 10 C.F.R. § 50.7(f) : *« No agreement affecting the compensation, terms, conditions, or privileges of employment, including an agreement to settle a complaint filed by an employee with the Department of Labor [...] may contain any provision which would prohibit, restrict, or otherwise discourage an employee from participating in protected activity [...] including, but not limited to, providing information to the NRC or to his or her employer on potential violations or other matters within NRC's regulatory responsibilities ».*

510 10 C.F.R. § 50.7(c) ; 10 C.F.R. § 2.205(j).

511 10 C.F.R. § 50.7(c).

512 V. par exemple In the Matter of Texas Utilities Elec. Co., et al. (Comanche Peak Steam Elec. Station, Units 1 & 2), 37 N.R.C. 477 (June 4, 1993) ; Nuclear Regulatory Commission Office of Investigations, Enforcement Action No. 01-013, 2001 WL 34771010 (Oct. 22, 2001) ; Connecticut Light & Power Co. v. Sec'y of U.S. Dep't of Labor, 85 F.3d 89, 92 (2d Cir. 1996). Dans ces affaires, la NRC a pris connaissance des clauses douteuses non pas grâce à ses propres initiatives, mais suite à une plainte déposée par un salarié.

513 Nuclear Regulatory Commission Office of Investigations, Enforcement Action No. 01-013, 2001 WL 34771010 (Oct. 22, 2001).

514 In the Matter of Texas Utilities Elec. Co., et al. (Comanche Peak Steam Elec. Station, Units 1 & 2), 37 N.R.C. 477 (June 4, 1993).

Tout ceci a changé en 2011 quand l'autorité américaine de réglementation des marchés financiers, la Securities and Exchange Commission (« SEC »), a adopté la règle 21F-17. Désormais, il est interdit *« d'empêcher un individu de communiquer directement avec le personnel de la Securities and Exchange Commission sur une éventuelle violation de la loi financière »*, notamment *« en appliquant ou en prétendant faire appliquer un accord de confidentialité »* [515]. Selon la SEC, cette règle est nécessaire puisque *« toute tentative d'empêcher la communication avec le personnel de la SEC sur les violations de la loi financière rentre en conflit avec l'objectif de la loi Dodd-Frank, qui est d'encourager les individus à porter des informations à la connaissance de l'agence »*[516].

Contrairement à la NRC du début des années 1990, la SEC a suivi son adoption de la règle 21F-17 par une campagne agressive de répression. L'agence a diffusé à grande échelle le message selon lequel – comme l'avait exprimé en 2014 Sean McKessy, qui était à l'époque chef du *SEC Office of the Whistleblower* – la SEC recherchait *« activement »* les clauses de confidentialité afin de pénaliser leurs auteurs[517]. Cette recherche active comportait deux volets : la sollicitation des dénonciations de la part des lanceurs d'alerte et leurs avocats qui pouvaient contacter directement l'*Office of the Whistleblower* afin de fournir des informations sur des clauses illégales et éventuellement recevoir une prime, et les assignations (*subpoenas*) de la part de la SEC ordonnant la transmission par les entreprises de tout document contenant une clause contractuelle prétendant imposer une obligation de réserve[518]. De par cette campagne la SEC a imposé des amendes sur au moins six sociétés pour avoir porté atteinte, par voie des clauses de confidentialité, à la liberté de leurs salariés de communiquer avec l'agence[519]. La première de ces amendes a été imposée en 2015 à la société KBR Inc. Dans cette affaire la société avait mené une enquête interne sur des potentielles infractions à la loi financière. À l'issue de cette enquête la société a demandé

---

515 Exchange Act Rule 21F-17(a), 17 C.F.R. § 240.21F-17(a) : *« No person may take any action to impede an individual from communicating directly with the Commission staff about a possible securities law violation, including enforcing, or threatening to enforce, a confidentiality agreement [...] ».*

516 Securities and Exchange Commission, Securities Whistleblower Incentives and Protections (Final Rule), 76 Fed. Reg. 34352 (13 juin 2011) : *« Rule 21F–17(a) is necessary and appropriate because, as we noted in the proposing release, efforts to impede an individual's direct communications with Commission staff about a possible securities law violation would conflict with the statutory purpose of encouraging individuals to report to the Commission. »*

517 B. Mahoney, « SEC Warns In-House Atty's Against Whistleblower Contracts », LAW360, 14 mars 2014, https://www.law360.com/articles/518815/sec-warns-in-house-attys-against-whistleblower-contracts. Adoptée suite à la crise financière de 2008, la loi Dodd-Frank a renforcé les protections pour les lanceurs d'alerte en matière des violations de la loi financière en interdisant les représailles professionnelles à leurs égards. Elle a également instauré un régime de récompenses financières pour les lanceurs d'alerte dont les informations fournies ont permis à l'État de récupérer au moins un million de dollars.

518 G.G. Pecht, P.A. Stokes et M.T. Oakes, « SEC continues to scrutinize confidentiality agreements », avril 2015, http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/127492/sec-continues-to-scrutinize-confidentiality-agreements.

519 In re SandRidge Energy, Inc., Exchange Act Release n° 79607, 20 déc. 2016 ; In re NeuStar, Inc., Exchange Act Release n° 79593, 19 déc. 2016 ; In re Anheuser-Busch InBev SA/NV, Exchange Act Release n° 78957, 28 sept. 2016 ; In re BlueLinx Holdings, Inc., Exchange Act Release n° 78528, 10 août 2016 ; In re Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. & Merrill Lynch Professional Clearing Corp., Exchange Act Release n° 78141, 23 juin 2016 ; In re KBR, Inc., Exchange Act Release n° 74619, 1 avr. 2015. Dans la majorité de ces affaires, la clause en question se trouvait dans une rupture conventionnelle.

aux salariés ayant participé à l'enquête de signer un accord de confidentialité par lequel ils s'engageaient à obtenir une autorisation préalable de la part de la direction juridique avant de partager toute information sur l'enquête avec toute tierce personne. La clause indiquait que son non-respect pouvait entraîner des sanctions pouvant aller jusqu'au licenciement[520]. Considérant que cet accord pouvait avoir pour effet de dissuader les salariés de fournir des informations à la SEC, l'agence a intenté une action administrative contre la société. Aucun élément de preuve ne démontrait qu'un salarié avait été réellement empêché de communiquer avec l'agence[521]. Pourtant, la SEC ordonna à la société de payer 130 000 dollars d'amende et de modifier le texte de la clause afin de préciser qu'elle n'empêchait pas aux signataires de *« fournir à une agence de l'État, notamment au Ministère de la Justice, à la SEC, au Congrès, ou aux inspecteurs généraux, des informations sur une violation potentielle d'une loi ou d'une réglementation fédérale, ou de révéler les informations en conformité avec les protections des lanceurs d'alerte prévues par les lois et les règlements fédéraux »*[522].

La SEC n'hésite pas à imposer des sanctions même si les clauses semblent avoir été insérées mécaniquement dans leurs contrats hôtes. Dans l'affaire Merrill Lynch par exemple, la SEC menait une enquête sur des dérives commises par ce courtier-négociant et révélées par un lanceur d'alerte[523]. Lors de l'enquête, la SEC a pris connaissance de différentes conventions signées par des anciens salariés à l'occasion de la cessation de leurs emplois. Ces conventions interdisaient aux signataires tout partage d'informations confidentielles ou secrètes de la société, sauf sous astreinte judiciaire ou après avoir obtenu l'accord préalable de la direction[524]. La SEC a trouvé dans cette clause une violation de la règle 21F-17, bien qu'il n'existât aucune preuve concrète indiquant qu'une communication particulière avait été empêchée. Merrill Lynch s'engagea donc à modifier toutes ses clauses de confidentialité, qui se trouvaient dans les textes comme le règlement intérieur de l'entreprise ou les conventions de rupture, afin de souligner que rien dans ces clauses n'interdisait la divulgation d'informations aux autorités publiques ou aux organisations d'autoréglementation du secteur financier[525]. En outre, la société a promis d'inaugurer des formations annuelles afin de rappeler aux salariés les droits des lanceurs d'alerte sous la loi Dodd-Frank, notamment le droit de communiquer avec la SEC, le droit à l'anonymat, le droit aux récompenses, et les interdictions des mesures de représailles professionnelles[526].

---

520 In re KBR, Inc., Exchange Act Release n° 74619, 1 avr. 2015, § 4-6.

521 Ibid., p. 3-4.

522 Ibid., § 8.

523 Merrill Lynch était accusé d'avoir détourné les règles concernant les réserves obligatoires, ainsi que de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour protéger les valeurs mobilières de ses clients contre les privilèges. In re Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. & Merrill Lynch Professional Clearing Corp., Exchange Act Release n° 78141, 23 juin 2016, p. 2.

524 Ibid., § 72-73.

525 Ibid., § 76-77.

526 Ibid., §77.

Malgré ces engagements la société a été condamnée à payer une importante amende à l'État[527] pour violation de la règle 21F-17 et ses autres transgressions.

En plus de donner lieu à des sanctions, une clause de confidentialité allant à l'encontre de la règle 21F-17 peut entraîner des sanctions pour les avocats ou les juristes qui l'ont rédigée, sollicitée, ou approuvée. Selon la règle 102(e)(1)(iii) des *Rules of Practice* de la SEC, l'agence est autorisée à sanctionner toute personne qui a *« délibérément violé, ou qui a délibérément aidé ou assisté à la violation, d'une loi, d'une règle, ou d'une réglementation sur les valeurs mobilières »*[528]. L'*Office of the Whistleblower* a annoncé en 2015 qu'il se tenait prêt à faire appliquer cette règle aux professionnels du droit qui auraient participé à la rédaction d'une clause de confidentialité dont le contenu irait à l'encontre de la règle 21F-17, avec, comme sanction l'interdiction de représenter des clients devant la Commission[529]. Aucune mesure répressive de ce genre n'a pour le moment été relevée. Cependant, il semble que la menace de l'*Office of the Whistleblower* soit conçue dans le but d'influencer la personne le mieux placée à influencer la rédaction des clauses de confidentialité, à savoir, le professionnel du droit. De par les menaces du SEC, les avocats et les juristes sont incités à faire modifier les clauses de confidentialité déjà en place pour préciser que les communications avec l'autorité publique sont permises et à assurer que toute clause nouvellement rédigée en précise autant.

Suite à l'adoption de la règle 21F-17 par la SEC, d'autres agences publiques ont également pris des mesures pour mieux réprimer l'utilisation des clauses de confidentialité : la Commodities Futures Trading Commission, l'autorité américaine de réglementation des marchés à terme des matières premières, a adopté en 2017 une règle largement identique à celle de la SEC[530]. L'agence d'inspection du travail (Occupational Safety and Health Administration) a également renforcé sa répression des clauses de confidentialité par voie d'une circulaire du 23 août 2016 qui préconise aux inspecteurs de l'agence de refuser de valider des accords à l'amiable conclus à l'issue d'un différend opposant un employeur et un salarié dès lors que ces accords contiennent une clause qui pourrait avoir pour effet d'empêcher la communication des informations à l'État[531]. Il reste à voir si cette tendance de répression des clauses de confidentialité posant obstacle à l'alerte continuera à s'accélérer ; la réponse variera certainement en fonction des résultats des prochaines élections, le gouvernement actuel ne se montrant pas du tout disposé à augmenter les règles pesant sur les entreprises.

---

527 Ibid., p. 22.

528 B. MAHONEY, « SEC Warns In-House Atty's Against Whistleblower Contracts », op. cit.

529 SEC Rules of Practice, Rule 102(e)(1)(iii), 17 C.F.R. § 201.102(e)(1)(iii) : *« The Commission may censure a person or deny, temporarily or permanently, the privilege of appearing or practicing before it in any way to any person who is found... to have willfully violated, or willfully aided and abetted the violation of any provision of the Federal securities laws or the rules and regulations thereunder. »*

530 17 C.F.R. § 165.19(b).

531 Occupational Safety and Health Administration, *Memorandum for Regional Administrators and Whistleblower Program Managers : New policy guidelines for approving settlement agreements in whistleblower cases*, 23 août 2016, p. 1-2.

II. La pertinence des pratiques américaines en France

Comme il a été souligné ci-dessus, la loi Sapin II ne traite pas directement de l'articulation entre le droit d'alerte et les devoirs contractuels de confidentialité. Néanmoins, le droit français semble manifestement interdire l'opposition d'un devoir de confidentialité à l'égard d'un lanceur d'alerte, et de laisser ouverte la possibilité de réprimer l'utilisation des clauses de confidentialité.

Quant à l'inopposabilité des clauses de confidentialité à l'égard des lanceurs d'alerte, le droit américain semble conforter la solution déjà imposée par le droit français. En effet, l'idée qu'une clause de confidentialité devrait être inopposable à son débiteur dès lors que son application heurte l'ordre public fait autant partie du droit français que du droit américain. Un tribunal confronté à une action pour violation d'une clause de confidentialité peut ainsi se fonder l'article 6 du Code civil, aussi bien que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme[532], ou encore l'article 1121-1 du Code du travail, pour conclure à la nullité de cette clause à l'égard d'un lanceur d'alerte ayant agi selon les règles édictées par la loi Sapin II[533].

Sur la répression des clauses de confidentialité, le droit américain semble plus à même d'éclaircir le droit français. En effet, la tendance américaine vers une répression active des clauses de confidentialité posant obstacle à l'alerte est tout à fait compatible avec le droit français, et notamment l'article 13 de la loi Sapin II, qui crée un délit d'entrave à l'alerte. Ce texte dispose que *« [t]oute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement aux personnes et organismes mentionnés aux deux premiers alinéas du I de l'article 8 est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende »*. Ce texte augmente les pouvoirs répressifs du parquet, qui, auparavant, ne pouvait réprimer les entraves à la liberté d'expression d'un salarié uniquement si celles-ci ont été faites de façon concertée et accompagnées de menaces ou de violences[534].

---

532 Parmi les arrêts dans lesquels la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu un droit d'alerter découlant de l'article 10 de la convention éponyme, v. CEDH, 12 fév. 2008, n° 14277/04, Guja c/ Moldova ; CEDH, 19 févr. 2009, n° 4063/04, Marchenko c/ Ukraine ; CEDH, 21 juill. 2011, n° 28274/08, Heinisch c/ Allemagne ; CEDH, 8 janv. 2013, n° 40238/02, Bucur et Toma c/ Roumanie.

533 V. également TGI Lyon, 19 sept. 2006, Union départementale CGT du Rhône c/ Bayer Cropscience : RD bancaire et fin. 2006, comm. 216, obs. É.-A. CAPRIOLI, dans lequel le tribunal a déclaré inopposable aux salariés un dispositif dans un annexe au règlement intérieur qui disposait que *« sous réserves des pouvoirs reconnus par la loi aux inspecteurs du travail, il n'y a lieu de fournir des informations ou des documents qu'après consultation du service juridique »*. Le tribunal a considéré ce dispositif comme *« contraire aux principes des procédures civiles et pénales qui obligent toute personne convoquée ou requise, parce qu'elle est susceptible de fournir des renseignements sur des faits, de comparaître et de déposer »*.

534 C. pén, art. 431-1 : *« Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations au sens du présent code, l'exercice d'une des libertés visées à l'alinéa précédent est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »*

Le délit d'entrave à l'alerte créé par l'article 13 de la loi Sapin II est constitué de deux éléments matériels : premièrement, le fait de faire obstacle à la transmission d'un signalement (*« [t]oute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement »*) ; et deuxièmement, le fait que le destinataire visé par le signalement soit l'une des personnes figurant dans les deux premiers alinéas du I de l'article 8 de la loi Sapin II (*« aux personnes et organismes mentionnés aux deux premiers alinéas du I de l'article 8 »*). Sur ce deuxième point, une entrave à l'alerte peut être punie dès lors qu'elle vise à empêcher une alerte interne[535] ou une alerte auprès de l'autorité judiciaire, l'autorité administrative, ou les ordres professionnels[536]. Est exclue de cette liste l'alerte publique dont l'entrave ne peut être réprimée qu'en l'application de l'article 431-1 du Code pénal, et ce, dès lors qu'elle est faite de façon concertée et à l'aide de violences ou de menaces.

Sur le premier point—le fait de *« faire obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement »*—il convient d'interroger les trois phrases clés qui ensemble constituent cet élément matériel : celle de *« faire obstacle »*, *« de quelque façon que ce soit »*, et *« à la transmission d'un signalement »*. S'agissant de la première phrase, l'idée de *« faire obstacle »* doit être entendue au sens large, pour inclure non seulement les entraves réussies, mais aussi les tentatives. En effet, la définition courante du mot *« obstacle »* inclut, non seulement ce qui empêche réellement d'atteindre un but, mais également ce qui ralentit, s'interpose, ou gène. Ainsi, un *« obstacle »* est défini par le dictionnaire LAROUSSE comme *« ce qui empêche d'avancer, ce qui s'oppose à la marche »*, *« tout objet qui s'interpose, qui se trouve sur le trajet de quelque chose »*, ou encore *« ce qui empêche ou retarde une action »*[537]. Il est intéressant en ce sens de constater que le dictionnaire fournit comme l'un des exemples d'usage, la phrase *« se heurter à des obstacles insurmontables »*[538] : la phrase *« obstacles insurmontables »* serait en effet un pléonasme si un obstacle était, par définition, un empêchement définitif. Ce même dictionnaire explique que de *« faire obstacle »* à quelque chose ou à quelqu'un est synonyme de *« s'opposer à eux d'une manière quelconque »*[539]. Cette analyse permet de conclure que le délit d'entrave créé par l'article 13 de la loi Sapin II n'exige pas une entrave réussie ; un acte fait dans l'objectif d'empêcher l'alerte est suffisant, et le délit peut être constitué même si l'alerte finit par être lancée.

La deuxième phrase de l'article 13—*« de quelque façon que ce soit »*—semble être conçue pour distinguer ce nouveau délit de celui qui existait déjà dans l'article 431-1 du Code pénal.

---

535 Loi Sapin II, art. 8-I, al. 1.

536 Loi Sapin II, art. 8-I, al. 2.

537 LAROUSSE, *Dictionnaire de français (en ligne)*, 13 oct. 2017, http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/obstacle/55440?q=obstacle#55062, « obstacle ».

538 Ibid.

539 LAROUSSE, *Dictionnaire de français (en ligne)*, 13 oct. 2017, http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/obstacle/55440?q=obstacle#55062, « Faire obstacle à quelque chose, à quelqu'un ».

Ce dernier délit n'est constitué uniquement si l'entrave à la liberté d'expression est faite d'une manière précise, à savoir, de façon « *concertée* », et à l'aide de « *menaces* », « *coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations* ». En revanche, l'obstacle à l'alerte tel réprimé par l'article 13 de la loi Sapin II ne contient pas de limitation de moyens, pouvant être accompli de toute manière imaginable, avec ou sans violences, seul ou en concert avec autrui. En outre, la phrase implique un champ d'application large ; certainement, l'idée d'entraver l'alerte par voie d'une clause de confidentialité est inclue dans la phrase entraver « *de quelque façon que ce soit* ». Toute manière d'empêcher l'alerte peut, en principe, être considérée illicite.

Enfin, la dernière phrase de cet élément matériel—« *à la transmission d'un signalement* »—peut se comprendre à la lumière des travaux préparatoires de la loi Sapin II. Le Projet de loi initialement soumis à l'Assemblée nationale aurait réprimé le fait de « *faire obstacle, de quelque façon que ce soit, à l'exercice du droit mentionné à l'article 6 A* », c'est à dire, au droit d'alerter[540]. Ce texte fut entièrement supprimé par le Sénat à deux motifs. De prime abord, le Sénat considérait (à tort[541]) que l'article 431-1 du Code pénal s'appliquait déjà aux entraves à l'alerte visées par le nouveau dispositif ; ensuite, il considérait que le texte proposé par l'Assemblée manquait la précision nécessaire pour répondre aux exigences constitutionnelles de clarté dans la rédaction des lois pénales[542]. Pour répondre à cette deuxième critique, le texte a été modifié par la Commission des lois de l'Assemblée nationale[543]. Dans un effort de « *sécuriser le texte* » et de « *le rendre plus précis* », l'Assemblée a voulu définir le délit en « *renvoy[ant] plus directement aux procédures de signalement* » établies par la loi, et plus particulièrement celles de l'article 8[544]. Ainsi, la phrase « *fai[re] obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement* » veut tout simplement dire, agir afin d'empêcher l'utilisation de la procédure de signalement telle prévue par l'article 8.I, alinéas 1 et 2, de la loi Sapin II.

L'article 13 de la loi Sapin II ne précise aucun élément moral du délit. Ainsi, en l'application de l'article 121-3, alinéa 1 du Code pénal, le délit est constitué s'il est commis de façon intentionnelle. Le fait d'entraver la transmission d'une alerte par négligence ou imprudence n'est en revanche pas puni.

---

[540] Assemblée nationale, TA n° 755, 14 juin 2016, art. 6 FC. Le texte original prévoyait en outre un alourdissement de la peine en cas d'entrave « *commise en bande organisée et avec violences* ». Ce dispositif a été supprimé par le Sénat et n'a pas été réintroduit par l'Assemblée nationale.

[541] Comme souligné en amont, ce texte ne réprime que des entraves faites de façon concertée et avec menaces ou violences.

[542] V. Sénat, Rapport n° 79 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, 26 oct. 2016, p. 58 ; Sénat, Rapport n° 79 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, 26 oct. 2016, p. 34.

[543] Assemblée nationale, Rapport n^{os} 4045 et 4046 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 21 sept. 2016, p. 58.

[544] Ibid.

Avant d'examiner comment le délit d'entrave à l'alerte pourrait s'appliquer dans le cas d'une clause de confidentialité, une remarque liminaire sur son champ d'application *ratione personae* s'avère utile. L'interdiction de faire obstacle à l'alerte s'applique, selon l'article 13 de la loi Sapin II, à *« toute personne »* : aucune exception n'est prévue. On peut dès lors envisager un champ d'application s'étendant aux personnes physiques au sein ou à l'extérieur de l'organisation. Dans cette première catégorie se trouvent par exemple des collègues de travail, des supérieurs hiérarchiques, des juristes, des responsables des ressources humaines, des chefs d'entreprise, ou des membres d'un conseil d'administration. Le texte semblerait s'appliquer également aux personnes physiques en dehors de l'entreprise ou de l'organisation concernée : les avocats, les auditeurs, les représentants des ordres professionnels, les responsables syndicaux, ou même les agents publics. Les personnes morales rentrent également dans le champ d'application du dispositif : l'organisation pour laquelle le lanceur d'alerte travaille pourrait être poursuivie pour entrave ; de même, une poursuite à l'égard d'un syndicat ou d'un ordre professionnel ne serait pas en principe exclue. Le délit est puni d'un an de prison et de 15 000 euros d'amende s'il est commis par une personne physique ; en cas de violation par une personne morale, l'amende peut monter jusqu'à 75 000 euros[545].

Ayant dessiné les contours du délit d'entrave à l'alerte, l'on peut s'interroger sur son application dans le contexte des clauses de confidentialité. Ainsi, deux questions se présentent : sous quelles conditions une clause de confidentialité peut-elle engager la responsabilité pénale ? Et qui pourrait voir sa responsabilité engagée ? Rappelons que sous la loi Sapin II, le délit d'entrave peut être constitué si l'alerte est empêchée *« de quelque façon que ce soit »*, ce qui semble inclure un empêchement fait par voie contractuelle. Rappelons également que le délit peut être constitué même en cas d'échec de la part de l'auteur de l'entrave. Tout ce qui est nécessaire est un acte accompli dans l'objectif d'empêcher la communication d'un signalement à un destinataire dénommé dans l'article 8.I, alinéas 1 ou 2 de la loi Sapin II.

Partant de ces constats, si l'on demande à une personne de signer une clause de confidentialité avec l'ambition d'ainsi dissuader un signalement, l'on encourt, en principe, les sanctions prévues par l'article 13 de la loi Sapin II. D'un point de vue juridique, toute personne ayant apporté son concours à la rédaction, ou à la sollicitation de l'acceptation d'une telle clause, est susceptible d'être jugée coupable du délit d'entrave, à la condition que cette personne savait que la clause avait pour objet principal ou accessoire de dissuader l'alerte interne, auprès de l'autorité publique ou d'un ordre professionnel[546]. De même, il semblerait possible de voir engager sa responsabilité pénale pour avoir appelé l'attention d'un potentiel lanceur d'alerte à l'existence d'un devoir contractuel de confidentialité

---

545 C. pén., art. 131-38.

546 Si la signature d'une clause de confidentialité était sollicitée en concert et avec menaces ou violences, elle pourrait être réprimée en l'application de l'article 431-1 du Code pénal, même si elle n'interdit que les divulgations publiques.

préexistant (dans un contrat de travail signé antérieurement, par exemple), si ce rappel est fait dans un effort de dissuader une révélation interne ou auprès de l'autorité publique ou un ordre professionnel.

En revanche, des difficultés pratiques semblent saper ce dispositif de son efficacité. En effet, l'élément moral, l'intention de l'auteur de l'infraction d'entraver l'alerte, semble difficile à prouver. Rares seront les affaires comme *In re KBR* où un employeur demande explicitement à un salarié de signer, à l'issue d'une enquête interne, une clause interdisant au salarié de communiquer avec les autorités publiques au sujet de l'enquête. Dans la majorité des cas, la volonté d'empêcher l'alerte, si elle existe, sera mieux dissimulée : la simple insertion d'une clause de confidentialité de portée générale dans un contrat de travail ou de rupture conventionnelle ne manifeste pas suffisamment une volonté d'empêcher des échanges d'informations entre le débiteur du devoir de confidentialité et l'État (même si cette volonté est présente) pour établir le délit ; d'autres explications bien plus anodines existent justifiant la présence de la clause.

Certes, il y a des circonstances qui peuvent conforter la conclusion qu'une clause de confidentialité a été conçue dans le but d'entraver l'alerte. Ceci pourra être le cas lorsqu'une proximité temporelle existe entre la prise de connaissance de la possibilité d'une alerte et la demande d'adhésion à une clause de confidentialité ; ou lorsqu'il y a absence de justification légitime pour la clause ; ou encore si une signature est demandée à certaines personnes et pas à d'autres, alors que ces dernières sont dans la même situation professionnelle ou contractuelle. Il convient également de noter que dans une minorité des cas, des preuves directes pourraient exister (témoignages de la part des personnes ayant participé à la rédaction ou à la signature de la clause, preuves écrites...). Mais de tels cas ne seront pas majoritaires. De manière générale, ce délit sera difficile à prouver.

Ceci dit, le délit reste utile. Il donne au parquet des outils pour réprimer l'usage abusif des clauses de confidentialité dans des cas comme *In re KBR* où la volonté d'entraver l'alerte est manifeste. Il devrait également mettre en garde les employeurs à ne pas imposer des clauses de confidentialité aux personnes ayant fait un signalement interne, ni de rappeler aux salariés leur devoir contractuel de réserve suite à une alerte interne, au risque d'encourir des sanctions pénales.

Il semblerait également que soit ouvert la possibilité au Conseil d'État de décréter que toute clause contractuelle de confidentialité doit inclure une stipulation selon laquelle l'obligation de confidentialité n'interdit pas des divulgations qui sont *« faites dans le respect des procédures de signalement définies par la loi no 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dès lors que la personne à l'origine des divulgations répond à la définition du lanceur d'alerte prévue à l'article 6 de cette loi »*[547]. Une telle règle pose l'inconvénient de complexifier

547 Cf. loi Sapin II, art. 7.

d'avantage les règles pesant aux sociétés françaises, qui sont déjà très lourdes. Elle aurait cependant l'avantage d'assurer que les clauses contractuelles ne deviennent pas des armes utilisées pour taire les lanceurs d'alerte, ainsi que de préciser que les alertes auprès des médias sont licites (même si le fait de les entraver ne peut toujours pas être puni, car exclu de l'article 13 de la loi Sapin II). L'utilité d'une telle règle dépendra, en fin de compte, de combien les clauses de confidentialité semblent réellement être déployées par les sociétés françaises pour étouffer les signalements ; quant à cela, le temps le dira.

B) Protéger les lanceurs d'alerte

La recommandation entend encourager l'effectivité des normes protectrices des lanceurs d'alerte en permettant que celles-ci soient mieux connues des acteurs juridiques. Il est vrai que la majorité des études centrées sur l'effectivité de ces protections soulignent que celles-ci pourraient être rendues plus efficaces par les pouvoirs publics en mettant en place une communication efficace[548] pour que celle-ci soit mieux connue des acteurs et donc, utilisée.

L'Assemblée Parlementaire souligne que l'*accès à des conseils couverts par la confidentialité est très important pour les personnes qui ont constaté des actes répréhensibles ou des risques sur leur lieu de travail, car ces conseils sont « un moyen de faire en sorte que les informations parviennent à la personne ou à l'instance appropriée au bon moment. » et* permettent de *« protéger le lanceur d'alerte et d'apporter une assistance à l'employeur et au public en faisant en sorte que le signalement ou la révélation d'informations soient faits de façon responsable ».*(Recommendation préc. p. 47). La recommandation insiste également sur la nécessité de *« former les juges et d'autres décideurs) » (ibid.)* qui seront amenés à statuer sur des cas de lanceurs d'alerte[549] (ibid.). Enfin, prenant sans nul doute en compte le succès, constaté par la doctrine anglo-saxonne[550] comme par certaines instances

---

548 Les rapports officiels, aux Etats-Unis, ont souligné que l'ineffectivité des protections accordées aux lanceurs d'alerte provenait souvent d'un manque d'information sur ces celles-ci. Voir *US Merit System Protection Board Whistleblowing in the Federal Government: an update*, 1993 Pour une présentation, en langue française, du lien entre communication et efficacité de la norme, voir Geneviève Koubi, « La communication administrative de la norme » In *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, 2013.

549 Ainsi, selon une étude du *« National Whistleblowers Legal Defense and Education Fund »*, il s'est avéré que *« les juges employés par le MPSB n'ont, en 2008, rendu des décisions en faveur des employés que dans 1,7% des hypothèses »*. Dans le cadre de la *SOX*, une étude menée par les professeurs Earle et Madeck a démontré que les « juges » de l'OSHA ont accordé une protection qu'à 183 *whistleblowers*, pour un total de 677 demandes. Il y aurait donc un biais de ces juges en faveur de l'administration, notamment en raison de leur manque d'indépendance à l'égard de leur administration de rattachement. V. *« Federal Employees Have Less than 2% Chance of Success before MSPB Judges »*, National Whistleblowers Legal Defense & Education Fund (March 11, 2010). V. également B. Earle, G. Madek, « The Mirage of Whistleblower Protection Under Sarbanes Oxley: A Proposal for Change ». *American Business Law Journal*, 2007, vol. 44, no 1, p. 19

550 Des membres de la doctrine Nord-Américaine ont en effet très tôt souligné le caractère opérationnel de ce type de « canaux » d'alerte, qui peuvent correspondre à un intérêt de l'entreprise et être un « outil de gouvernance. Des études empiriques plus réçentes confirment d'ailleurs le succès de ces mécanismes internes de lancement d'alerte Voir T. Dworkin et E. Callahan, » Internal Whistleblowing: Protecting the Interests of the Employee, the Organization, and Society" *American Business Law Journal*, 1991, vol. 29, no 2, p. 267-308. ; R.

officielles à l'étranger[551], des canaux « internes » de dénonciation, qui permettraient de créer une « culture de la transparence » au sein des organisations, la recommandation considère utile que les États-Membres mettent en œuvre une politique de communication visant à faire comprendre aux employeurs qu'il est *« dans leur intérêt d'encourager ceux qui travaillent pour leur compte à faire état suffisamment tôt de leurs préoccupations au sujet d'actes répréhensibles ou de risques de préjudice, et qu'ils puissent le faire en toute sécurité. ».*

Rappelant qu'assurer une réaction aux signalements constitue l'un des moyens d'encourager le lancement d'alerte[552], la recommandation considère en outre qu'*« il est dans l'intérêt des organisations, des organes réglementaires, des autorités de répression et des citoyens »* que les signalements et les révélations d'informations *« fassent l'objet d'enquêtes et que, si nécessaire, des mesures soient prises pour remédier au problème, en particulier pour éviter de plus graves préjudices. »* et ce *« sans délai »* (Ibid., p.40)

Enfin, la recommandation exige qu' *« il est nécessaire d'interdire toutes les représailles, que ce soit sous une forme active, comme les mesures disciplinaires ou le licenciement, ou sous une forme passive, comme le refus de promotion ou d'accès à la formation »* (Ibid., p.10). Cette rédaction large correspond également aux « bonnes pratiques » observables en la matière[553]. Mais les lanceurs d'alerte sont également particulièrement sujets aux poursuites abusives en diffamation[554], ce qui nécessite, aux yeux de l'Assemblée, que *« le lanceur d'alerte [puisse dans ce cadre] invoquer* [...] *le fait que le signalement ou la révélation d'informations ait été faite conformément au cadre national ».* Parallèlement, la « responsabilisation » des employeurs à laquelle la recommandation fait référence pourrait impliquer la mise en place de sanctions pénales à l'égard d'employeurs faisant subir des mesures de rétorsion aux employés lanceurs d'alerte[555]. Ces derniers doivent enfin, sans qu'en soient précisées les modalités de mise en œuvre, pouvoir solliciter *« des mesures provisoires, en particulier en cas de perte d'emploi »* (Ibid., p.10)

Moberly et et L. Wylie, « An empirical study of whistleblower policies in United States corporate codes of ethics. », in *LEWIS (D.), VANDEKERKHOVE: (W.), Whistleblowing and democratic values*, 2011, p. 27-55. V

551 *« Encouraging a culture of openness within an organisation will help: prevention is better than cure. »* Committee on Standards in Public Life Second Report, Cm 3270 -1 (May 1996), p. 21

552 Aux Etats-Unis, les enquêtes démontrent que la principale raison pour laquelle les lanceurs d'alerte ne signalent pas les faits répréhensibles constatés sur leur lieu de travail tient au fait qu'ils « ne pensent pas que soit fait quoi que ce soit pour corriger les choses ». V. T. Devine et G. Aplin « Whistleblower Protection-The Gap Between the Law and Reality », *Howard LJ*, 1988, vol. 31, p. 223.

553 Par exemple, aux Etats-Unis, la section 2302(a)(2)(A) du *Whistleblower Protection Act*, inclut 11 types de comportements discriminatoires distincts. La jurisprudence est assez libérale en la matière, estimant que le fait d'enquêter en interne sur des faits liés aux divulgations peuvent dans certaines hypothèses constituer un *« changement significatif dans les responsabilités ou dans les conditions de travail »* d'un lanceur d'alerte » (Russell v. Department of Justice, 76 M.S.P.R. 317, 324-25(1997).

554 D.Lewis, 'Whistleblowers and the Law of Defamation: Time for Statutory Privilege?'", 2005, 3,Web JCLI.

555 C'est le cas aux Etats-Unis, la *Sarbanes-Oxley* prévoyant des sanctions pénales pour réprime ce type de comportements. V. 18 U.S.C. §1513(e)

En résumé, aux yeux du Conseil de l'Europe, une protection efficace des lanceurs d'alerte passe non seulement par l'assistance juridique en amont aux lanceurs d'alerte et par un traitement effectif des alertes émises afin d'éviter à ceux-ci d'être l'objet de tentatives de décrédibilisation (1.), mais également par la mise en place d'une protection susceptible de les protéger contre l'ensemble des mesures de représailles pouvant les impacter (2.)

1. Traitement de l'alerte et accompagnement juridique des lanceurs d'alerte

Sur proposition du Conseil d'État556, il est désormais prévu que le Défenseur des droits pourra intervenir au soutien des lanceurs d'alerte pour les « orienter »557, mais les compétences de l'autorité constitutionnelle apparaissent trop restreintes en l'état actuel du droit pour permettre une réelle protection des lanceurs d'alerte. Surtout, à l'heure actuelle et en attendant les décrets d'application, un grand flou règne, y compris semble-t-il au sein du Défenseur des droits, pour savoir comment cette compétence nouvelle va être appropriée par l'institution de la Place de Fontenoy. On ne dénombre que peu d'interventions de Jacques Toubon sur ce nouveau rôle558, hormis pour se présenter lui-même comme étant « plus qu'un lanceur d'alerte ». Sur le site du Défenseur des droits, peu d'informations sont disponibles sur cette nouvelle compétence, hormis des généralités reprenant les termes de la loi559. La réflexion interne sur cette question, le niveau de formation des agents et délégués du Défenseur sur ce thème semblent embryonnaires.

On peut se demander s'il n'aurait pas été plus opportun et efficace de créer une autorité de l'alerte spécifiquement dédiée à la protection des lanceurs d'alerte ou, à défaut, de créer au sein du Défenseur des droits une mission spécifique s'ajoutant aux quatre missions légales (discriminations, défense des enfants, déontologie de la sécurité, dysfonctionnement des services publics) et avec des moyens dédiés et suffisants. Ce seul rôle d'orientation risque de rendre complexe pour un lanceur d'alerte l'identification du Défenseur comme une autorité de protection des lanceurs d'alerte, et efficace l'intervention du Défenseur dans ces

---

556 J.-M. Sauvé, *Élargir les compétences du Défenseur des droits pour mieux protéger les lanceurs d'alerte : Libération* 14 avr. 2016.

557 L. org. n° 2016-1690, 9 déc. 2016, relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte. L'article 8 de la loi « Sapin 2 » du même jour précise que : « IV. – Toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte ». Dans ce cadre, le Défenseur des droits est donc destinataire d'un signalement et non d'une saisine ni de l'alerte elle-même.

558 Hormis une allusion lors d'une audition le 22 février 2017 par la Commission des lois du Sénat sur son rapport annuel d'activité.

559 V. https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/lanceurs-dalerte.

dossiers souvent complexes dans lesquels il est parfois complexe d'évaluer la pertinence de l'alerte.

Par contraste, le système nord-américain apparaît à de nombreux égards comme un modèle en la matière. Ainsi, lorsque le salarié s'estimant victime d'agissements discriminatoires saisit directement l'Office of Special Counsel (OSC), celui-ci doit mener une enquête pour déterminer si ces allégations sont fondées ou non560. Si c'est le cas, l'OSC demandera à l'agence de remédier de manière immédiate à la situation constatée, et pourra notamment demander que des poursuites disciplinaires soient engagées à l'égard du salarié ayant commis des agissements discriminatoires561. Si l'agence en question refuse de se plier aux injonctions de l'OSC, celui-ci pourra saisir un organisme quasi juridictionnel, le Merit System Protection Board (MSPB) en vue de faire ordonner une action corrective. Un juge administratif sera alors amené à statuer sur les allégations du salarié et pourra ordonner le cas échéant toute mesure nécessaire pour remédier à la situation.

Plus largement, cet état de fait rend nécessaire, dans un premier temps, l'intervention de la la société civile au soutien de l'alerte, et une révision des circuits d'expertise.

A cet effet, Glen Millot détaille l'évolution de la posture de l'association Sciences Citoyennes sur la question de l'alerte, les raisons qui l'ont sous-tendue, les conséquences sur l'organisation et les modes d'action d'une structure militante revendicatrice, qui face à l'inertie, voire la complicité des pouvoirs publics, a progressivement modifié sa tactique et a dû pour cela développer de nouvelles compétences, notamment juridiques, lui permettant d'agir de manière proactive sur le terrain législatif et réglementaire, ce qui n'était a priori pas son objet.

Rufin Faustin Nzalakanda et Sonny Perseil, proposent un cadre pour protéger ceux qui révèlent les dangers dans les domaines de la santé publique, à partir d'un modèle interactif, fondé sur trois propositions sociopolitiques : la création d'une Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA) ; promouvoir la relation entre le lanceur d'alerte et la démocratie technique ; revisiter la notion de démocratie sanitaire et l'adapter au contexte du lanceur d'alerte. Ces propositions sont selon les auteurs des mécanismes influencés par un *dispositif juridique performé*. Ce dispositif est dit performé parcequ'implémenté par l'exploration des lois sectorielles relatives à la santé publique et à l'environnement (la loi Bertrand du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé et la loi du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement) et de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin 2 ».

---

560 5 U.S.C. § 1214(b)(2)(C).

561 5 U.S.C. § 1214(b)(2)(B) et (C).

*

De l'alerte de scientifiques à l'alerte scientifique

Par **Glen Millot**

Introduction

Cancers provoqués par l'amiante et toxicité du bisphénol A, effets délétères sur l'environnement des plantes génétiquement modifiées et marchandisation du vivant, dérives eugénistes de la procréation médicalement assistée, risques occasionnés par les ondes électromagnétiques, conséquences dramatiques pour notre planète de nos rejets industriels de CO_2 et de la géo-ingénierie censée y répondre, autant de sujets mis sur la place publique parce que quelqu'un, un jour, a décidé de sonner l'alarme, devenant ainsi un lanceur d'alerte, la plupart du temps sans même connaître l'existence ou la portée de ce terme. C'est lorsqu'il subit des représailles directes (licenciement) ou plus insidieuses (mise au placard) qu'il se rend compte de son nouveau *statut* et du parcours du combattant qu'il va devoir entamer.

Parmi les acteurs de la société civile (syndicats, associations, ONG internationales, journalistes et médias, élus, etc.), l'association Sciences Citoyennes a, dès sa création, fait le choix d'agir aux côtés des lanceurs d'alerte scientifiques ou dont l'alerte concernait des risques sanitaires et environnementaux. À tel point que cette question est devenue un axe majeur de l'association.

Au cours de cette quinzaine d'années, de nombreux signalements ayant permis de révéler des scandales sanitaires et environnementaux ont entrainé une prise de conscience progressive par l'opinion publique et certains élus de la nécessité d'agir concrètement pour protéger le lanceur d'alerte mais aussi l'alerte elle-même.

En outre, la survenue de scandales financiers d'ampleur stupéfiante[562], a permis de montrer qu'en matière économique et financière, un droit d'alerte était également crucial. De fait, il y a une forte similitude entre les mécanismes de ces différents types de dysfonctionnements et entre les moyens mis en œuvre pour étouffer les alertes et réprimer les lanceurs d'alerte. S'est ensuivi une succession de nouvelles affaires d'ampleur parfois internationale dans différents domaines : la santé (*Mediator*[563] en 2009 et prothèses mammaires *PIP*[564] en

[562]Faillites engendrées par des actifs financiers toxiques connues sous le nom de crise des subprimes (2007) ; fraude estimée à environ 50 milliards de dollars organisée par Bernard Madoff (2008), l'ancien président du *Nasdaq*, via une *chaîne de Ponzi*, un système où les premiers clients sont payés grâce à l'apport des nouveaux clients, etc.

[563]Le *Mediator* est un antidiabétique produit par le laboratoire Servier. Irène Frachon, pneumologue, a lancé l'alerte sur les importants risques cardiovasculaires résultant de l'administration du *Mediator*, souvent utilisé

2010), la fraude financière et fiscale (*Affaire Cahuzac*[565] en 2012), les techniques d'optimisation fiscale agressive (scandale *Luxleaks* en 2014[566]), etc.

La nécessité de protéger les lanceurs d'alerte fait aujourd'hui consensus, mais le chemin aura été tortueux.

Olivier Leclerc, dans un ouvrage récent567, montre par ailleurs que si, à partir de 2013, la fusion des luttes pour défendre l'alerte a porté ses fruits, elle a aussi eu pour effet collatéral, dans un contexte d'accélération médiatico-législative, de nous éloigner de notre cœur de métier, l'alerte scientifique.

Le présent document vise donc à détailler l'évolution de la posture de l'association Sciences Citoyennes sur la question de l'alerte, les raisons qui l'ont sous-tendue, les conséquences sur l'organisation et les modes d'action d'une structure militante revendicatrice, qui face à l'inertie, voire la complicité des pouvoirs publics, a progressivement modifié sa tactique et a dû pour cela développer de nouvelles compétences, notamment juridiques, lui permettant d'agir de manière proactive sur le terrain législatif et réglementaire, ce qui n'était a priori pas son objet.

Il s'agit ici d'apporter un regard de profane d'un point de vue juridique, nécessairement subjectif puisque porté de l'intérieur de notre association, dans une tentative de prise de recul par rapport à un enchainement d'événements appelant une réaction souvent urgente et laissant assez peu de place à des réflexions de fond.

---

cocoupe-faim, qui entraînera la mort de plusieurs centaines de patients. Le laboratoire a longtemps contesté cette toxicité mais il a été montré que des études ont été falsifiées à son profit.

[564]Les prothèses mammaires *PIP* sont des implants mammaires souvent utilisés en chirurgie réparatrice suite à un cancer du sein et dont un grand nombre s'est avéré défectueux et leur certification entachée de fraude.

[565]Mediapart accuse Jérôme Cahuzac, alors ministre du budget, de frauder le fisc via un compte en Suisse. Le ministre clamera son innocence publiquement et à l'Assemblée nationale avant de finalement reconnaître les faits, suite à l'ouverture d'une information judiciaire qui précipitera son départ du gouvernement.

[566]Antoine Deltour permet au consortium international des journalistes d'investigation ICIJ de révéler une série de documents montrant comment le cabinet PricewaterhouseCoopers (PwC) organise un système d'évitement fiscal, les *tax rulings*. Antoine Deltour, Raphaël Halet (auteur d'une deuxième série de fuites) et le journaliste Édouard Perrin sont poursuivis au titre notamment de la violation du secret d'affaires. Antoine Deltour se voit confirmé comme lanceur d'alerte par la Cour d'appel sur la base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) mais il est tout de même condamné à de la prison avec sursis et à une amende. Il sera finalement relaxé en cassation le 11 janvier 2018. Raphaël Halet verra lui sa peine confirmée par la Cour de cassation du Luxembourg estimant que sa démarche effectuée dans un deuxième temps cause un préjudice à son ex-employeur sans apporter d'éléments nouveaux (critère de proportionnalité entre ce qu'apporte la révélation et les dommages pour l'entreprise dénoncée). Edouard Perrin est quant à lui relaxé.
http://www.justice.public.lu/fr/actualites/2018/01/arret-3912-cassation--deltour/ et
http://www.justice.public.lu/fr/actualites/2018/01/arret-n-3911-cassation-halet/

[567]Olivier Leclerc, *Protéger les lanceurs d'alerte. La démocratie à l'épreuve de la loi*, Édition LGDJ, Collection Exégèses, 2017.

I. Sciences Citoyennes, une association fondée par des lanceurs d'alerte critiques de l'expertise

Impulsé par deux lanceurs d'alerte parmi ses membres fondateurs, un des trois objectifs de la Fondation Sciences Citoyennes[568], lors de sa création en novembre 2002, est d'améliorer la situation des lanceurs d'alertes scientifiques de manière à permettre une expression libre sur des sujets fortement controversés.

André Cicolella, ingénieur chimiste ayant lancé l'alerte sur la toxicité des éthers de glycol, est licencié pour faute grave de l'Institut national de recherche et de sécurité (INRS), le 10 mai 1994. Il lui est reproché une « insubordination délibérée et réitérée incompatible avec le fonctionnement normal d'une entreprise », reposant sur la négation de sa qualité de chercheur. Son statut d'ingénieur implique, selon l'INRS, un strict lien de subordination avec sa hiérarchie. La Cour d'appel de Nancy, le 17 juin 1998[569], puis la chambre sociale de la Cour de cassation, le 11 octobre 2000[570], justifieront l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement d'André Cicolella en considérant qu'il avait la qualité de chercheur et devait par conséquent bénéficier de « l'indépendance due aux chercheurs »[571]. Ce jugement fait jurisprudence, même si d'une part le terme lanceur d'alerte n'est pas utilisé dans l'arrêt de la Cour et d'autre part la liberté d'expression ou la dénonciation d'un risque ne sont pas ce que le jugement entend protéger. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une jurisprudence sur la protection des lanceurs d'alerte mais plutôt sur l'indépendance des chercheurs[572]. Pour autant, elle s'inscrira dans un enchainement de mobilisations visant à renforcer le droit des lanceurs d'alerte dont notamment la création de Sciences Citoyennes, deux ans plus tard, en novembre 2002.

Si l'alerte sanitaire et environnementale constitue un des trois piliers justifiant la création de notre association, notre terrain d'action dans ce domaine ne se limite pas à la santé et à l'environnement. C'est l'alerte scientifique plus globalement qui est visée. Ainsi, en plus d'André Cicolella, premier président de l'association, parmi ses fondateurs se trouve un autre lanceur d'alerte, Jacques Testart, biologiste ayant permis la naissance du premier bébé éprouvette en France en 1982. Mais les conséquences de l'avènement de cette technologie le conduise à lancer régulièrement l'alerte sur les risques eugéniques que celle-ci comporte et ses extensions possibles vers le transhumanisme. Cette alerte se place dans le champ de la science, mais elle ne s'appuie pas sur une contestation de l'expertise, comme celle sur les

---

[568]Devenue simplement Sciences Citoyennes en 2016. C'est cette dénomination que nous utiliserons dans le reste de ce document.
[569]Cour d'appel de Nancy (Chambre sociale), 17 juin 1998.
[570]Cass. Soc., 11 octobre 2000, pourvoi n°98-45.276.
[571]Marie-Angèle Hermitte, Marthe Torre-Schaub, *Santé Publique et Droit du travail. La protection du lanceur d'alerte en droit français*, 2000. https://sciencescitoyennes.org/sante-publique-et-droit-du-travail/
[572]Olivier Leclerc, *op .cit.*, p. 8 *sq.*

éthers de glycol, mais sur les risques sociétaux découlant de choix de recherche, enclins à répondre aveuglément aux demandes du marché.

Au moment de la création de Sciences Citoyennes, le terme lanceur d'alerte est une innovation proposée en 1999 par Francis Chateauraynaud et Didier Torny, dans le but de compléter et non traduire la notion de *whistleblower* : « [f]ace à des dangers ou des risques, imminents ou diffus, lancer une alerte est avant tout un acte éthique, délibérément tourné vers autrui. Selon la trajectoire qu'elle emprunte, une alerte peut être à l'origine de controverses ou d'affaires publiques, à travers lesquelles se révèlent des rapports de force et de légitimité. »[573] ; tandis que le *whistleblower* lui dénonce des faits illégaux ou s'ils signale des risques, c'est en lien avec la réglementation.

C'est cette nouvelle notion que nous avons souhaité porter à travers notre première ébauche de définition du lanceur d'alerte rédigée en 2003 :

> « Le lanceur d'alerte peut être, soit un chercheur ayant dû agir le plus souvent contre l'avis de son institutions, soit un salarié ayant révélé des manquements graves de son entreprise, soit un groupe de citoyens ayant alerté les institutions sur des problèmes de santé. »

Notre mode d'action initial sur ce terrain consiste en un travail de communication et de sensibilisation, par le biais de colloques et communiqués de presse, afin de faire connaître aux élus, médias et organisations de la société civile les enjeux liés à cette problématique. Elle est à ce stade circonscrite aux alertes en santé-environnement, notamment du fait de l'implication centrale d'André Cicolella, président de l'association de 2002 à 2005. Ce tropisme ne fait pourtant pas consensus, de même que de manière plus générale l'engagement fort de l'association sur les questions de santé environnementale.

Cependant, nous organisons un premier colloque, en mars 2003, avec un titre « La protection du lanceur d'alerte sanitaire » ; un titre moins ambitieux que son programme :

> « L'objectif du colloque était, à partir d'une analyse de la typologie des lanceurs d'alerte, individuels et collectifs, ainsi que de l'analyse des lois et règlements existants en France et à l'étranger, de proposer des mesures pour que la sécurité sanitaire et environnementale soit mieux assurée en France. »[574]

Puis, au-delà de la communication, deux nouvelles modalités d'action sont étudiées ou du moins envisagées : « La question va se poser du soutien aux lanceurs d'alerte [et de l']analyse critique du fonctionnement des comités de déontologie. »[575] D'une part, l'association s'interroge sur sa capacité à accompagner directement des lanceurs d'alerte.

---

[573]Début du quatrième de couverture de l'ouvrage de Francis Chateauraynaud et Didier Torny, *Les sombres précurseurs, une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Edition de l'EHESS, 1999, réédité et augmenté en 2013.

[574]Extrait du rapport moral de Sciences Citoyennes de décembre 2003.

[575]*Id.*

Cette perspective possible découle de l'expérience de plusieurs administrateurs ayant porté ou soutenu la mobilisation de soutien à André Cicolella lors de ses procès. D'autre part, la spécificité de l'alerte scientifique est qu'elle est connexe à l'organisation de l'expertise. En effet, sur un terrain de controverses, les conditions de la fabrique de l'expertise exercent une influence considérable sur le traitement des alertes scientifiques, aussi bien lors de leur traitement par les agences sanitaires, les organismes de recherche et les autorités administratives que lors de leur éventuel parcours judiciaire.

Il est décidé dans un premier temps de concentrer nos efforts sur la protection des lanceurs d'alerte et de déployer une offensive sur le plan législatif. Une campagne est alors programmée autour de la dynamique créée par la sortie, prévue début 2005, d'un livre dédié à l'alerte « *Lanceurs d'alerte. La santé, l'environnement, la science et le citoyen*[576], co-écrit par André Cicolella et Dorothée Benoît-Browaeys[577]. « Il repose sur la description de parcours de lanceurs d'alerte et la mise en évidence des enjeux du point de vue de la science, des acteurs et des institutions. La sortie du livre doit permettre d'y associer une campagne médiatique autour de la nécessité d'une loi de protection des lanceurs d'alerte, ainsi que de travailler avec les juristes sur ce projet (tenue d'un colloque avec une revue juridique par ex.). La perspective est aussi de structurer les liens avec les associations qui travaillent sur cette thématique au niveau international. »[578] Le titre de l'ouvrage est finalement remanié avant sa parution, le 18 mai 2005. Il est présenté dans le cadre d'un débat organisé le même jour par la Cité Universitaire et l'association VivAgora, « Santé et environnement : quelles expertises, quelles alertes ? », dans le cadre des Assises du vivant.

Cependant, notre capacité à prendre en charge nous-même le soutien de lanceurs d'alerte est loin d'être démontrée, compte tenu des ressources limitées de l'association : l'équipe salariée ne comporte que trois salariés dont seulement deux chargés de mission, déjà dispersés sur un nombre croissant de dossiers sans lien avec l'alerte (politique de la recherche, recherche participative, etc.). Aussi, en 2006, sans être abandonné, cet accompagnement se limite alors à soutenir d'autres structures comme la Criirad[579], qui organise dès 2002 la campagne de soutien au Professeur Youri Bandajevsky, scientifique lanceur d'alerte biélorusse sur les conséquences sanitaires de l'accident nucléaire de Tchernobyl[580].

Le nombre de thèmes portés par l'association, l'explosion du nombre de sollicitations qu'elle reçoit (demandes interventions, de partenariat, de co-organisation, etc.) et la multiplicité croissante de ses modes d'intervention (projets internationaux notamment), sans entrainer un coup d'arrêt de l'investissement de Sciences Citoyennes sur l'alerte, contribuent à limiter drastiquement le développement de nouveaux projets sur ce thème, d'autant plus qu'en

---

[576]André Cicolella et Dorothée Benoit-Browaeys, *Alerte Santé. Experts et citoyens face aux intérêts privés* , Fayard, 2005.
[577]Co-fondatrice et déléguée générale de l'association VivAgora, aujourd'hui dissoute.
[578]Extrait du rapport moral de Sciences Citoyennes de janvier 2005.
[579]Membre du Conseil d'administration de Sciences Citoyennes jusqu'en 2004.
[580]http://www.criirad.org/actualites/laboratoirebandajevsky/somobilisation.html

2006, l'association ne comporte plus que deux salariés. L'équipe n'est passée à trois chargés de mission qu'en 2007.

Par ailleurs, incidemment, des divergences en interne sur d'une part la pertinence de consacrer autant de moyens sur le thème de la santé-environnement et d'autre part le point d'entrée dans le champ des relations sciences et sociétés (axe risques *vs* axe démocratie) imposent à l'association de prendre le temps de réfléchir à sa stratégie de manière générale. Le changement de présidence de l'association - passage par une co-présidence André Cicolella et Laurent Dianoux, puis élection de Jacques Testart - a pour conséquence, non nécessairement délibérée, que les week-ends de réflexion stratégique de 2005 et 2006 ne mentionnent même plus la question des lanceurs d'alerte parmi les perspectives d'action de l'association. L'alerte est davantage intégré comme mode d'action plutôt que comme le coeur de revendications législatives, comme en témoigne la participation en mai 2006 à une coalition internationale[581] lançant l'alerte sur les risques liés au développement de la biologie de synthèse. Au passage, la légitimité des personnes morales à lancer l'alerte est réaffirmée. Cependant, lorsqu'il est question de risques de représailles, le focus est le plus souvent mis sur l'individu[582].

Cette mise entre parenthèse de l'alerte comme sujet de mobilisation de l'association se retrouve également dans son premier grand cycle de conférences-débats, les *Dialogues Sciences-Planète*, sous-titrés *Université Citoyenne des Savoirs pour une Planète Vivable en 2030*[583] . Organisé de septembre à décembre 2007, aucune des sessions de ce cycle, dont le projet a été initié en juin 2006, n'aborde directement le champ de l'alerte. La date du début de l'initiative est importante, car au moment où l'organisation de cette série de conférences-débats mobilise une partie importante des ressources de l'association, l'actualité va percuter brutalement la stratégie de Sciences Citoyennes et de nombre d'organisations abordant de près ou de loin les questions d'environnement avec l'annonce, le 18 mai 2007, du *Grenelle Environnement*.

II. De l'invocation à l'action : rédaction d'une proposition de loi

En 2007 a donc lieu le *Grenelle Environnement*. La société civile s'organise autour du collectif Alliance pour la Planète créé à cette occasion pour peser dans le débat. Ce collectif regroupe l'essentiel des associations écologistes mais également des organisations, ONG, associations, syndicats, collectifs, dont l'objet n'est pas spécifiquement centré sur la protection de

[581]Cette coalition internationale regroupe 38 organisations signataires d'une lettre ouverte publiée le 19 mai 2006, à la veille de la deuxième conférence internationale sur la biologie synthétique, à destination des biologistes, réunis à Berkeley pour cet événement : https://sciencescitoyennes.org/une-coalition-internationale-alerte-sur-la-biologie-synthetique/

[582]Jacques Testart, *Le vélo, le mur et le citoyen. Que reste-t-il de la science ?* Belin, 2006.

[583]De ce cycle de sept conférences-débats résulte la publication d'un ouvrage : Jacques Testart, Agnès Sinaï et Catherine Bourgain, *Labo-Planète. Ou comment 2030 se prépare sans les citoyens*, Fayard, 2011.

l'environnement. Cette absence d'exclusivité nous permet et nous convainc de rejoindre ce mouvement, terrain propice selon nous, au développement d'un rapport de force sur la question de l'expertise et de l'alerte sanitaire et environnementale.

Pourtant il a fallu de nombreuses discussions sur les risques d'instrumentalisation par Nicolas Sarkozy que fait peser le fait de jouer le jeu de ce type de processus, avant de décider d'y engager l'association. Mais ce choix s'est s'avéré payant puisque le rôle moteur de Sciences Citoyennes sur les questions d'expertise et d'alerte est conforté.

Il n'a d'ailleurs pas été difficile d'obtenir un consensus sur les défauts des dispositifs d'expertise. En effet, celui-ci repose d'une part sur des études souvent financées par l'industrie et donc souvent fortement biaisées. Une étude d'une équipe de l'INRA montre par exemple que 40 % des publications sur l'efficacité ou la durabilité des plantes transgéniques Bt présentent des conflits d'intérêts et lorsque c'est le cas, les chances que les résultats de ces études soient favorables aux intérêts des industriels les finançant sont augmentées de 49 %.[584]. Cette publication fait référence à d'autres études sur le tabac, le sucre, le nucléaire, le secteur biomédical, pharmaceutique ou la nutrition faisant le même constat. L'influence des sources de financements est ainsi à l'origine d'une système d'omissions volontaires voire de fraude sur les données publiées[585, 586]. Une expertise indépendante, lorsqu'elle est possible, ou du moins contradictoire et plurielle, est par conséquent une exigence qui s'impose comme une évidence et une condition *sine qua non* pour que l'alerte puisse faire l'objet d'un traitement réel et efficace, car c'est souvent la critique d'expertises officielles qui constituent le cœur du signalement.

Les nombreux débats organisés dans le cadre du Grenelle nous permettent de formaliser un certain nombre de recommandations connexes sur l'organisation de l'expertise et le traitement des alertes :

> « Pour être réellement efficace, ce dispositif juridique doit se replacer dans un contexte de loi réformant le système de l'expertise et reposant sur le principe de précaution. Il importe d'y poser les principes du traitement effectif des alertes dans un cadre procédural rigoureux et formel. Quelle voie pour faire remonter l'information ? Quels critères de recevabilité ? Quelles instances pour gérer ce type de dossiers ? La définition des *bonnes pratiques* de l'expertise doivent également y figurer : déclaration d'intérêt, autonomie par rapport aux pouvoirs politiques et économiques, procédure contradictoire et pluralisme, expression des avis minoritaires, transparence des avis et délibérations, etc. En effet, les études sont

---

[584]T. Guillemaud, E. Lombaert et D. Bourguet, *Conflicts of Interest in GM Bt Crop Efficacy and Durability Studies*. PLoS ONE 11(12): e0167777. doi:10.1371/journal.pone.0167777, 2016.
[585]JPA. Ioannidis *Why Most Published Research Findings Are False,* PLoS Med 2(8): e124, 2005.
[586]D. Stuckler, G. Ruskin. & McKee, *Complexity and conflicts of interest statements: a case-study of emails exchanged between Coca-Cola and the principal investigators of the International Study of Childhood Obesity, Lifestyle and the Environment (ISCOLE)*, J Public Health Pol 39: 49, 2018.

souvent portées par des groupes d'experts mandatés et financés en partie par les entrepreneurs eux-mêmes, y compris au sein des institutions de recherche. Dès lors, il est légitime de se poser la question de l'indépendance de l'expertise et de déplorer l'absence de procédures contradictoires dans ce système. Des exemples récents comme l'expertise de l'AFSSET sur les champs électromagnétiques, de l'INSERM sur les éthers de glycol ou encore le rapport commun des Académies de médecine et des sciences niant tout lien entre cancer et environnement ont montré la nécessité d'établir une déontologie de l'expertise. »[587]

Le terrain semble mûr pour une évolution du droit dans ces deux domaines, d'autant plus qu'il a été récemment balisé à travers notamment les travaux de Christine Noiville et Marie-Angèle Hermitte[588]. En conséquence, l'Alliance pour la planète finit par faire siennes nos propositions.

En fin d'année 2007, l'actualité vient de nouveau donner un coup d'accélérateur à notre action. Coup sur coup, trois lanceurs d'alerte, que l'association connaît bien, subissent des représailles, soit sur le plan judiciaires, attaques en diffamation, soit au niveau de leur carrière, tentative de *mise au placard*, suite à leur prises de paroles. L'association décide d'un commun accord avec eux, de les soutenir et d'utiliser leur cas pour illustrer la situation critique des lanceurs d'alerte et exiger une loi pour les protéger. Sciences Citoyennes organise alors des mobilisations sous forme de campagnes de pétitions (en ligne et papier), de conférences de presse (avec d'autres organisations), de communiqués de presse et de manifestations.

Pierre Meneton[589], chercheur en santé publique de Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) est attaqué par le lobby de l'industrie du sel (Comité des Salines de France et Compagnie des Salins du Midi et des Salines de l'Est) suite à la publication d'un entretien où Pierre Meneton dénonce le fait que « Le lobby des producteurs de sel et du secteur agroalimentaire industriel est très puissant. Il désinforme les professionnels de la santé et les médias. »[590]. Notons que Pierre Meneton ne se considère pas comme lanceur d'alerte. Il estime simplement exercer son métier de chercheur, ce qui rejoint les termes de la jurisprudence de la Cour de cassation consacrée par l'arrêt Cicolella.

Véronique Lapides[591] n'est quant à elle pas chercheuse, mais elle préside le collectif Vigilance Franklin qui lance l'alerte suite au surgissement de plusieurs cas de cancer d'enfants scolarisés dans une école maternelle construite sur une ancienne friche

---

[587]Christian Vélot, *Risques et lanceurs d'alerte*, site web de Sciences Citoyennes, 2012. https://sciencescitoyennes.org/risques-et-lanceurs-dalerte/

[588]Christine Noiville et Marie-Angèle Hermitte, *Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte*, Natures Sciences Sociétés 2006/3 (Vol. 14), p. 269-277.

[589]https://sciencescitoyennes.org/rubrique/deontologie-de-la-recherche/lanceurs-dalerte/mobilisations-de-soutien/soutien-a-pierre-meneton-lanceurs-dalerte/

[590]Pierre Cattan, *Sel, le vice caché*, TOC #18, mars 2006, https://sciencescitoyennes.org/IMG/pdf/TOC.pdf

[591]https://sciencescitoyennes.org/rubrique/deontologie-de-la-recherche/lanceurs-dalerte/mobilisations-de-soutien/soutien-a-veronique-lapides-lanceurs-dalerte/

industrielle de Kodak. Du fait du classement sans suite de deux premières alertes lancées d'abord par la directrice de l'école puis par Henri Pézerat, chimiste toxicologue, le collectif Vigilance Franklin se mobilise et dénonce l'inertie de la Préfecture du Val-de-Marne et de la Mairie de Vincennes. Véronique Lapides est alors attaquée en diffamation par la Mairie de Vincennes, mais étrangement pas par la préfecture. La nécessité de développer une expertise technique pour suivre le dossier scientifique sur un temps long fera dire à Véronique Lapides que le terme *porteur d'alerte* traduit mieux la réalité de cet engagement.

Enfin Christian Vélot[592], maître de conférence en génétique, du fait de ses prises de positions contre l'utilisation d'OGM dans l'alimentation, subit de nombreuses pressions matérielles, depuis la confiscation de la totalité de ses crédits pour 2008, la privation d'étudiants stagiaires, la menace d'un déménagement manu militari, jusqu'à l'annonce de l'exclusion de son équipe de l'Institut à partir de fin 2009.

Trois cas emblématiques qui surviennent au moment où les organisateurs du Grenelle tergiversent.

Aussi, quelques jours avant la fin du *Grenelle*, le 22 octobre 2007, avec le soutien de plusieurs de nos partenaires de l'Alliance pour la planète, nous organisons une table-ronde avec un triple objectif : « faire témoigner des chercheurs ayant subi, ou subissant des représailles de la part de lobbies industriels, voire de leur propre institut de recherche, des difficultés auxquelles ils font face, et de la nécessité de doter les lanceurs d'alerte d'un statut les protégeant ; mobiliser les associations, mais aussi les syndicats, sur la nécessité d'une loi de protection de l'alerte et de l'expertise, et leur permettre de s'exprimer à ce sujet ; alerter les médias et peser par ce biais sur la table ronde finale du *Grenelle*. »[593]

Plus tard, en mars 2018, dans la continuité de ce plaidoyer, nous organisons, au Palais du Luxembourg, un colloque intitulé « Lanceurs d'alerte et système d'expertise : vers une législation exemplaire en 2008 ». Nous invitons notamment Etienne Cendrier, de l'association Robin des Toits, à intervenir comme exemple de victime de procédures de harcèlement judiciaire. Entre 2004 et 2006, il est en effet attaqué à plusieurs reprises en diffamation par les opérateurs de téléphonie mobile (Bouygues Télécom puis SFR et Orange) que l'association accuse de tricherie. Si les seconds seront heureusement déboutés de leur demande, Etienne Cendrier a été condamné dans l'affaire l'opposant à Bouygues Télécom, mais à 1 000€ plus les frais de justice et non 200 000€ comme le réclamait l'industriel[594].

Ces différentes mobilisations nous permettent *in extremis* d'obtenir l'engagement du gouvernement de légiférer sur l'alerte et de réfléchir à l'organisation de l'expertise (engagements 194[595] et 195[596]). Le rapport Lepage[597] précisera par la suite les contours de

---

[592]https://sciencescitoyennes.org/rubrique/deontologie-de-la-recherche/lanceurs-dalerte/mobilisations-de-soutien/soutien-a-christian-velot-lanceurs-dalerte/

[593]Extrait du rapport moral de Sciences Citoyennes 2008.

[594]Cour d'appel de Paris (11e chambre), 5 avril 2007.

[595]« Engagement n° 194 : Création d'une haute autorité indépendante de médiation des conflits sur l'expertise et l'alerte environnementale, dont les attributions et les modalités de fonctionnement seront précisées dans le cadre

celle-ci. Notons que fin 2007, en plein *Grenelle*, a été votée la première loi consacrant le droit d'alerte, en matière de corruption, bien que ce terme n'a pas été utilisé[598].

Ne nous trompons pas, Sciences Citoyennes n'est pas candide au point de prendre ce type de déclaration pour argent comptant, mais stratégiquement et tactiquement, l'inscription de ces questions dans le débat, notamment législatif, est une avancée considérable qui va chambouler la priorisation des activités de l'association. Dans son rapport moral du 5 avril 2008, le thème des lanceurs d'alerte et de l'expertise est ainsi le premier sujet traité, l'association ayant été particulièrement active en 2007.

Nos mots d'ordre se clarifient. Ce rapport comporte d'ailleurs une réécriture de notre définition du lanceur d'alerte, définition reprise dans l'article « lanceur d'alerte » de wikipedia :

> « Simple citoyen ou scientifique travaillant dans le domaine public ou privé, le lanceur d'alerte se trouve à un moment donné, confronté à un fait pouvant constituer un danger potentiel pour l'homme ou son environnement, et décide dès lors de porter ce fait au regard de la société civile et des pouvoirs publics. Malheureusement, le temps que le risque soit publiquement reconnu et s'il est effectivement pris en compte, il est souvent trop tard. Les conséquences pour le lanceur d'alerte, qui agit à titre individuel parce qu'il n'existe pas à l'heure actuelle en France de dispositif de traitement des alertes, peuvent être graves : du licenciement jusqu'à la *mise au placard*, il se retrouve directement exposé aux représailles dans un système hiérarchique qui ne le soutient pas car souvent subordonné à des intérêts financiers ou politiques. ».

Nous décidons de prendre au mot le gouvernement et d'exiger le dépôt de cette loi sur l'alerte ainsi que la création *Haute autorité de l'alerte et de l'expertise* ayant pour mission de traiter les alertes et d'encadrer la manière dont sont conduites les expertises par les agences.

Poursuivant le soutien à *nos* trois lanceurs d'alerte, le 25 juin 2008, nous organisons, une manifestation sur le campus de l'Université Paris-Sud en soutien à Christian Vélot, puis à Paris en direction du ministère de de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, suivant un mot d'ordre plus général autour de la protection des lanceurs d'alerte. Nous sommes alors reçus par la ministre Valérie Pécresse, à qui nous remettons les 75 000 pétitions

---

d'une mission parlementaire. Cette autorité pourrait constituer une « instance d'appel » en cas d'expertises contradictoires et pourrait être garante de l'instruction des situations d'alerte. »

[596]« Engagement n° 195 :Un Haut Conseil de l'Expertise garant de la transparence, la méthodologie et la déontologie des expertises. »

[597]Corinne Lepage, *Rapport sur la gouvernance écologique*, La documentation française, 2008.

[598]Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption.

recueillies[599] et nos recommandations sur l'alerte et l'expertise articulées autour des points suivants :

« - Poser les principes d'une expertise contradictoire et pluraliste, et de la déontologie de l'expertise publique (notamment imposer la transparence sur les conflits d'intérêt)

Définition et promotion des bonnes pratiques de l'expertise : déclaration d'intérêt, conditions du développement de l'expertise pluraliste, autonomie par rapport aux pouvoirs politiques et économiques, procédures contradictoires, formalisation et traçabilité, expression des avis minoritaires, transparence des avis et délibérations. Instaurer un droit de saisine associative pour l'ensemble des agences et instances d'expertise. Créer au sein des agences et instances d'expertise un deuxième cercle de l'expertise composé de spécialistes des sciences économiques et sociales et de représentants des associations environnementales et de la santé. Soutenir la recherche publique dans des domaines aujourd'hui sciemment sous-développés alors qu'ils sont essentiels à la qualité de l'expertise sanitaire et environnementale et au développement durable. Création d'une Haute autorité administrative indépendante de l'alerte et de l'expertise chargée de définir et de faire appliquer les principes de la déontologie de l'expertise et d'instruire les dossiers d'alerte.

- Pallier l'absence de dispositif juridique de protection des lanceurs d'alerte environnementale et sanitaire. Poser les principes du traitement effectif des alertes environnementales

Définir un cadre de protection du lanceur d'alerte environnementale et sanitaire. Établir un cadre procédural de traitement des alertes rigoureux, formel et transversal aux instances actuellement existantes.

- Reconnaître et valoriser l'expertise citoyenne comme pilier de la démocratie écologique

En amont de tout débat public et concertation officielle (notamment au sein de la CNDP), prévoir un fonds de financement de contre-expertise pouvant être sollicité par des associations ou des collectifs de citoyens : droit automatique d'accès à un *chèque-expertise* quand un seuil de N signatures est atteint (N à définir selon l'ampleur locale ou nationale de l'enjeu). Instaurer un Fonds national de la recherche citoyenne équivalant à 5 % du budget de la recherche publique des domaines concernant ou susceptibles d'affecter l'environnement ou la santé, afin de financer notamment des partenariats de

[599] 13 000 signatures pour Pierre Meneton, 11 000 pour Véronique Lapides et 48 000 pour Christian Vélot du fait de sa plus grande notoriété dans les milieux militants et du sujet plus *brulant*, les OGM, sur laquelle portaient ses alertes.

recherche entre organisations citoyennes et laboratoires de recherche publics. »[600]

Notons que les trois lanceurs d'alerte, soutenus entre 2007 et 2008, ont eu gain de cause. Le tribunal prononce la relaxe de Pierre Meneton le 13 mars 2008. La mairie de Vincennes est déboutée le 4 juillet de la même année puis, quelques jours plus tard, le 9 juillet, l'université Paris-Sud s'engage à soutenir Christian Vélot[601].

Cette campagne nous a fait prendre conscience des risques financiers considérables liés aux attaques en diffamation, ce qui nous a conduit à inciter les lanceurs d'alerte à redoubler de prudence dans l'expression publique de leurs signalements.

En plus des déboires d'Étienne Cendrier mentionné plus haut, un autre cas emblématique de *procès bâillon* défraie l'actualité : la Fédération nationale des producteurs de raisins de table (FNPRT) a été déboutée par le TGI de Paris en février 2010, de sa demande de 500 000€ de dommages et intérêts adressée au Mouvement pour le respect et les droits des générations futures (MDRGF[602]) « pour avoir *dénigré* le raisin français, au travers d'une étude sur la présence de résidus de pesticides dans les raisins, publiée en novembre 2008. (...) le TGI de Paris a non seulement réfuté les arguments des producteurs de raisins, mais les a condamnés pour *procédure abusive*, fait rare pour ce genre de procès et attestant l'hypothèse d'un procès bâillon, visant à faire taire les ONG et lanceurs d'alerte. »[603]

Ce type d'affaires souligne le besoin de limiter juridiquement les capacités de nuisances des *procès bâillons* qui ont pour but d'intimider les lanceurs d'alerte mais également de les asphyxier financièrement.

Une autre conclusion de cette campagne est que nous avons dû reconnaître notre incapacité à faire du soutien de lanceurs d'alerte notre cœur d'activité. Le recueil et le traitement de plusieurs dizaines de milliers de signatures (dont beaucoup nous ont été envoyées par courrier) nous a passablement désorganisés, en plus de nous avoir pris un temps considérable. De plus, cette soudaine visibilité a créé une sorte d'appel d'air. Nous avons ainsi reçu de nombreuses demandes de soutien de lanceur d'alerte ou du moins de personnes s'estimant lanceur d'alerte sans que nous soyons capables de vérifier la pertinence de leur signalement. L'idée de créer une structure dédiée, une Maison des Lanceurs d'Alerte, est alors apparue comme la réponse à ce double problème.

---

[600]Christian Vélot, *Risques et lanceurs d'alerte*, site web de Sciences Citoyennes, 2012. https://sciencescitoyennes.org/risques-et-lanceurs-dalerte/

[601]https://sciencescitoyennes.org/luniversite-paris-sud-sengage-a-soutenir-christian-velot/

[602]Le MDRGF s'est renommé en Générations Futures le 25 janvier 2011.

[603]Véronique Smée, *L'affaire du Mediator fera-t-elle enfin avancer la question des lanceurs d'alerte ?*, Novéthic, mis en ligne le 31 janvier 2011.

III. La *loi Blandin* : un premier succès législatif au goût amer

La mise en œuvre des engagements 194 et 195 du *Grenelle* est confiée au ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, qui s'en empare pour mieux les neutraliser. Le fait qu'aucun représentants de la société civile ne soient invités à faire partie du comité opérationnel, le « COMOP Recherche », où en revanche siègent plusieurs industriels, contribue à la publication un catalogue de propositions sans ambition. Ainsi, le rapport du COMOP[604], en date du 8 septembre 2008 présente des recommandations pour améliorer l'expertise qui consistent essentiellement à demander... qu'elle se déroule de manière légale :

> « Recommandation 1 : Mieux faire connaitre l'encadrement législatif, réglementaire et normatif de l'expertise par des actions d'information et de formation. » et « Recommandation 3 : Confier au Conseil supérieur de la recherche et de la technologie un rôle de veille sur les procédures d'expertise des établissements d'enseignement supérieur et de recherche et des organismes publics de recherche. »

Sur l'alerte, les propositions apparaissent à peine plus ambitieuses :

> « Recommandation 8 : Mettre en place dans un délai de deux ans des procédures de traitement des alertes au sein des établissements d'enseignement supérieur et de recherche et des organismes publics de recherche incluant notamment une possibilité de recours à une médiation interne. Instituer la possibilité, si ces procédures n'aboutissent pas, d'une appropriation du débat par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques (OPECST) » et « Recommandation 9 : Élargir la représentation du Conseil supérieur de la recherche et de la technologie (CSRT) aux organisations non gouvernementales et lui confier un rôle de veille et de conseil sur l'évolution des pratiques en matière de consultation des partenaires, d'analyse des signaux diffus et de traitement de l'alerte au niveau national dans le domaine de la recherche »

La priorité est donc l'absence de contrainte et la veille.

Une priorité reprise dans la loi Grenelle I[605], dont l'article 52 montre le pas de côté du gouvernement, qui propose de se donner un an supplémentaire de réflexion sur l'opportunité de créer cette Haute autorité : « Le Gouvernement présente un rapport au Parlement, au plus tard un an après la promulgation de la présente loi, sur l'opportunité de créer une instance propre à assurer la protection de l'alerte et de l'expertise afin de garantir la transparence, la méthodologie et la déontologie des expertises. ».

---

[604] *Rapport du comité opérationnel « Recherche »*, 8 septembre 2008. https://cache.media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/2008/54/8/rapport_COMOP_Vfinale_35548.pdf

[605] Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

Face aux tergiversations et à cet ultime renoncement du gouvernement, Sciences Citoyennes décide d'écrire elle-même cette loi, avec les conseils des lanceurs d'alerte qu'elle a soutenu, du sociologue Francis Chateauraynaud, qui démarre une étude sur l'alerte et l'expertise en santé et environnement[606], et des juristes Marie-Angèle Hermitte et Christine Noiville, qui comme dit plus haut ont déjà posé les bases d'une telle loi. Ces dernières coordonnent et mettent en œuvre la rédaction de cette proposition de texte de loi[607] permettant de traiter les alertes, de protéger les lanceurs d'alerte signalant un risque sanitaire ou environnemental et d'encadrer l'expertise.

Si le gouvernement avait pu jusque là se contenter d'adopter une posture attentiste, une convergence d'événements vont lui imposer de réagir. Les rapports, scandales et propositions de loi s'enchainent dans de multiples domaines, comme la santé, l'environnement, la santé publique.

En 2009, le scandale du *Mediator*[608] fait la démonstration des risques que font peser sur la santé publique les nombreux conflits d'intérêts des experts au sein des agences en charge de l'expertise.

Une Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts, constituée en septembre 2010, remet le 26 janvier 2011 son rapport intitulé « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique »[609] formulant un ensemble de mesures pour prévenir les conflits d'intérêts.

Quelques mois plus tard, un rapport d'information de la mission présidée par le député Yves Bur (UMP) appelle en juillet 2011 à *renouveler l'expertise* au sein des agences sanitaires[610]. Elle dénonce des « règles déontologiques éparses » ainsi que des « pratiques perfectibles » notamment concernant les déclarations publique d'intérêt (DPI) pour le personnel et les collaborateurs occasionnels des organismes et la pratique du déport pour les personnes ayant un lien direct ou indirect avec la question traitée. Elle constate que ces deux obligations ne sont pas toujours respectées.

En conséquence le rapport recommande de « clarifier et de standardiser le contenu des déclarations publiques d'intérêts » et d'« d'étendre le champ d'application des déclarations publiques d'intérêts ».

---

[606]Francis Chateauraynaud et Josquin Debaz, *Processus d'alerte et dispositifs d'expertise dans les dossiers sanitaires et environnementaux*, projet ANSES 2008-2010. Rapport final en avril 2011.

[607]https://sciencescitoyennes.org/projet-de-loi-lanceurs-d'alerte/

[608]Irène Frachon, *Mediator 150 mg. Sous-titre censuré*, éditions-dialogues.fr, 2011. Le sous-titre initial « Combien de morts » avait dû être supprimé sur ordonnance, le 9 juin 2010, du juge des référés de Brest, saisi par les laboratoires Servier, fabricant du *Mediator*. La cour d'appel de Rennes a rétabli, le 25 janvier 2011, la possibilité pour l'éditeur de réutiliser le précédent sous-titre.

[609]Jean-Marc Sauvé, Didier Migaud et Jean-Claude Magendie, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique - Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique*, La Documentation française, 2011.

[610]Yves Bur, Rapport d'information de la commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission sur les agences sanitaires, 6 juillet 2011.

Le 19 octobre 2011, donc plus d'un an en retard, la Commissaire générale au développement durable (CGDD) en charge de la rédaction du rapport prévu par l'article 52 de la loi Grenelle I, réunit un certain nombre d'acteurs concernés par l'application des dispositions cet article : la Confédération du Logement et du Cadre de Vie (CLCV), la Fondation Nicolas Hulot, Sciences Citoyennes pour les associations et le WWF ainsi que la CGPME et le Medef, côté patronat. L'objectif affiché par le ministère de l'Écologie est de « faire progresser les agences sanitaires sur la question de l'expertise ». La question de l'alerte est dans un premier temps évacuée, mais face à notre insistance, le CGDD annonce que sa position, soutenue par le Medef, est que l'alerte soit traitée par les partenaires sociaux, ce qui d'une part pose la question de leur capacité à intervenir efficacement pour l'alerte et pour protéger le lanceur d'alerte, mais également celle de l'homogénéité du dispositif. Des inquiétudes concernant la complexité du dispositif sont de fait mentionnées. Enfin, la question du secret industriel et commercial est pointée et à ce jour elle reste une question qui continue de cristalliser les tensions, notamment au moment où la directive sur le secret d'affaires de 2016 doit être transposée dans le droit national. Ce point sera traité plus loin.

Une autre crainte mentionnée est que si le rapport tarde trop, il ne sorte tout simplement pas, du fait de la proximité des élections présidentielles...

Sur un autre front, qui à cette époque ne nous concerne que d'assez loin, le 18 octobre 2011, dans la continuité des conclusions du rapport de la Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts, le député François de Rugy et ses collègues EELV déposent deux propositions de loi sur la transparence de la vie publique et la prévention des conflits d'intérêts[611], sans grand espoir de les voir aboutir. Effectivement, les propositions de loi seront rejetées en première lecture par l'Assemblée nationale, le 7 décembre 2011.

L'affaire du *Mediator* quant à elle aboutit au vote de la loi Bertrand[612], fin décembre 2011. Elle impose quelques timides réformes concernant l'expertise en exigeant la publication des liens d'intérêts avec l'industrie pharmaceutique des dirigeants des agences sanitaires et des experts qu'elles mobilisent, mais sans que ces mentions ne les empêchent d'exercer, ni d'intervenir dans des discussions dans lesquelles ces liens d'intérêts garantissent une absence de neutralité. De plus, seule la déclaration des liens actuels font l'objet d'une obligation. Les liens antérieurs n'ont pas besoin d'être déclarés. Par ailleurs, contrairement au *Sunshine Act,* mis en place aux États-Unis par Barack Obama, ces déclarations ne s'appliquent pas au monde de la recherche (financement des recherches ou des congrès). Enfin, sans nécessairement qu'il s'agisse d'une démonstration de mauvaise volonté mais peut-être plutôt d'un manque de moyens, les premières années, la mise en ligne par les

[611]Proposition de loi organique n°3638 et proposition de loi n°3866 relatives à la transparence de la vie publique et prévention des conflits d'intérêts, 18 et 19 octobre 2011.
[612]Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

agences des déclarations d'intérêts des experts qu'elles sollicitent était inexploitable. Il s'agissait d'images numérisées des déclarations, ce qui rendait impossible toute recherche d'information. De toute manière, aucun moteur de recherche n'était proposé... Ce n'est plus vrai aujourd'hui.

En février 2012, à l'occasion de l'alerte lancée par le vétérinaire Robert Gosseye et que Sciences Citoyennes a soutenu[613], la question des alertes sanitaires et environnementales, que la loi Bertrand n'a pas réglée, resurgit dans l'actualité, nous permettant de relaner une dynamique sur nos propositions de Haute autorité et de loi protégeant les lanceurs d'alerte, l'alerte et l'expertise. L'axe santé-environnement est d'autant plus mis en avant que la mobilisation est coordonnée par un tandem constituée de Sciences Citoyennes et du Réseau Environnement Santé, créé (en 2009) et présidé par André Cicolella. Cette alliance entre ce qu'on pourrait appeler deux structures mère et fille n'ira pas sans entraîner quelques incohérences de postures. Par exemple, sur la question-même de la protection, il persiste quelques divergences. La question du statut est par exemple un sujet de débat en interne. D'un côté, « M. Cicolella milite pour la création d'un statut protégé pour les lanceurs d'alerte, qui les libèreraient du principe de subordination. »[614]. De l'autre, Jacques Testart affirme que « nous ne voulons pas *un statut* mais une protection des lanceurs d'alerte et de l'alerte elle-même. En effet lancer des alertes n'est pas un métier mais une circonstance. »[615]

Une proposition de loi relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, bâtie sur le texte rédigé par Sciences Citoyennes en 2010, est déposée par Marie-Christine Blandin et le groupe écologiste du Sénat au cœur de l'été, en août 2012. Nous sommes contactés par l'assistant parlementaire de Laurence Rossignol qui est favorable à une telle loi mais s'interroge sur la pertinence de son dépôt sans concertation et souhaite connaître notre position. Effectivement, ces questions méritent d'être posées étant donné que nous n'étions pas non plus au courant de l'intention de Mme Blandin et n'avons pas été consultés sur ce texte. Cependant, nous accueillons très favorablement cette accélération inespérée, mais avec tout de même une certaine prudence, tant le gouvernement nouvellement en place n'a pas particulièrement donné de gages sur son intention d'accompagner l'évolution législatives de ces sujets.

Aussi, nous ne sommes pas nécessairement confiants, ne serait-ce que sur son inscription à l'ordre du jour des travaux du Sénat, même si celui-ci, pour la première fois sous la V^{e}

[613]Communiqué de presse commun à Sciences Citoyennes et au Réseau Environnement Santé, *Robert Gosseye : vétérinaire, fonctionnaire, lanceur d'alerte, placardisé depuis 18 ans pour s'être confronté à un système de corruption des services vétérinaires en Alsace*, 23 février 2012.
[614]Dépêche AFP, *Un vétérinaire "lanceur d'alerte" sanctionné par sa hiérarchie demande sa réintégration*, 13 mars 2012.
[615]Jacques Testart, lors d'un échange sur cette question.

République, est majoritairement à gauche et que le parti EELV a signé un *accord politique de majorité* avec le Parti socialiste à l'occasion de la présidentielle de 2012.

Une nouvelle fois, sans que en soyons en soit averti[616], en septembre 2012, le Nouvel Observateur[617] fait sa une sur une étude pilotée par Gilles-Éric Séralini dénonçant la toxicité à long terme sur le rat du *Roundup* et d'un maïs OGM[618] développé par la firme Monsanto. Les impressionnantes photos de tumeurs des rongeurs font l'objet de nombreuses reprises. Les résultats de cette étude sont contestés par Monsanto, les académies des sciences et de médecine. Ils font alors l'objet d'une cabale inédite qui conduira la revue, dans laquelle elle a été publiée, à la retirer... quelque temps après le recrutement, comme corédacteur en chef, d'un ancien cadre de Monsanto. On atteint la caricature. Mais ce déchainement sur la qualité des résultats de l'étude occulte le principal intérêt de l'étude qui est de montrer que les autorisations de mise sur le marché des OGM alimentaires reposent sur des études tout autant voire bien plus critiquables en termes de tailles de cohortes, de durée de vie des cobayes et de protocole de manière générale.

C'est finalement sur cette dimension que se concentrera notre entretien avec Stéphane Foucart. L'article qu'il publiera[619], ainsi que la une du Monde sur les lanceurs d'alerte[620], ont, selon la sénatrice Blandin, été le déclencheur d'une prise de conscience du groupe socialiste du Sénat d'une part de l'importance, au moins médiatique, du sujet et de la capacité, alors insoupçonnée du groupe écologiste du Sénat, d'en être l'instigateur. L'association dont le texte s'inspire passe également sous les feux de l'actualité, ce qui va faire plus que nous désorganiser. Mais la fenêtre de tir est inédite. Nous décidons donc de reporter la plupart de nos activités pour nous concentrer sur le devenir de cette loi tant attendue.

Notons au passage que la publication d'un rapport de la Cour des comptes européenne en publiant un rapport accablant la gestion des conflits d'intérêts de quatre agences européennes viendra compléter un tableau explosif sur la question de l'expertise, constitué par les hasards de l'actualité de cette fin d'été 2012 : « aucune des agences auditées ne gérait les situations de conflit d'intérêts de manière appropriée »[621]. Sont épinglées l'Agence européenne de la sécurité aérienne (EASA), l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA), l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA) et l'Agence européenne des médicaments (EMA).

---

[616]Le Nouvel Observateur avait imposé un embargo sur la diffusion d'informations concernant cette étude jusqu'à la sortie de son numéro de septembre 2012.
[617]Guillaume Malaurie, *Oui, les OGM sont des poisons !*, Nouvel Observateur, 20 septembre 2012.
[618]Gilles-Éric Séralini, Émilie Clair, Robin Mesnage, Steeve Gress et Nicolas Defarge, *Long term toxicity of a Roundup herbicide and a Roundup-tolerant genetically modified maize*, Food and Chemical Toxicology, vol. 50, 2012, p. 4221–4231. Publiée initialement le 19 septembre 2012, elle est retirée en novembre 2013 puis finit par être republiée après quelques remaniements et l'ajout des données brutes : Séralini et al. Republished study: *long-term toxicity of a Roundup herbicide and a Roundup-tolerant genetically modified maize*, Environmental Sciences Europe 2014, 26:14. http://www.enveurope.com/content/26/1/14
[619]Stéphane Foucart, *Santé : une loi pour protéger les lanceurs d'alerte*, Le Monde, 4 octobre 2012.
[620]Editorial en une du Monde du 4 octobre 2012, *Protéger les Irène Frachon de demain.*
[621]Rapport de la Cour des Comptes européenne sur les conflits d'intérêts dans les agences de l'Union, 11 octobre 2012.

L'examen de la proposition de loi débute en octobre 2012 au Sénat, dans un hémicycle désert, ce qui n'empêche pas les discussions d'être parfois âpres, bien que la nécessité de protéger les lanceurs d'alerte fasse apparemment consensus. Le projet de Haute autorité est contesté au motif que le gouvernement souhaite d'abord faire le ménage dans les autorités administratives indépendantes (AAI), dont le rapport de la mission d'information de 2010 dénonce la multiplicité, le manque de lisibilité du système et un risque de complexité institutionnelle. Ce rapport préconise de rationaliser cet ensemble de 42 AAI et d'en renforcer leur contrôle par le Parlement[622].

Mais ce sont les risques induits par les alertes mensongères qui cristallisent les critiques de l'opposition, même si le texte contient une mention à l'article 226-10 sur la dénonciation calomnieuse, une mention qui pose d'ailleurs deux problèmes. D'une part, l'intérêt pour une loi de rappeler la loi est étonnant. Mais le plus important, c'est qu'au lieu de faire simplement référence à cet article, la proposition de loi, retravaillée par les services du Sénat, en donne une interprétation nouvelle et dangereuse. Alors que la dénonciation calomnieuse suppose que la personne incriminée ait à la fois l'intention de nuire et la connaissance au moins partielle de l'inexactitude de ce qu'elle dénonce, ce texte lui n'exige que l'une des deux conditions pour déclencher les sanctions risquées au titre de la dénonciation calomnieuse. Qu'il s'agisse d'une erreur ou d'un tour de vis supplémentaire, cette formulation erronée sera reprise dans les futures *lois alerte*. Ces dispositions ont été heureusement abrogées par la *loi Sapin 2*[623].

Notre travail de plaidoyer est multiple, à la fois en collaboration avec Marie-Christine Blandin, mais également auprès d'autres députés et sénateurs, de la société civile et des médias. Nous travaillons plusieurs amendements, notamment pour faire disparaître la mention en fin de texte du fait que ces dispositions ne s'appliquent pas à la fonction publique. Un comble !

Profitant de cette dynamique et de l'intérêt conjugué des élus et des médias, nous sollicitons, fin 2012, un soutien de la réserve parlementaire pour étendre ce plaidoyer à l'échelle européenne notamment sur la question des conflits d'intérêts au sein des agences européennes. Ces activités vont nous imposer une immersion accélérée dans le droit et ses nombreuses subtilités.

Hélas, bien que prévisible, la déception est grand tant la loi est malmenée au gré de la navette parlementaire. Pourtant, nous avions observé certaines recompositions du paysage politique, comme par exemple le changement de posture de Chantal Jouanno, qui lorsqu'elle siégeait dans les rang de l'UMP au Sénat devait, au nom de son groupe parlementaire,

---

[622]René Dosière et Christian Vanneste, *Rapport d'information sur sur les autorités administratives indépendantes*, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC), Assemblée nationale, 28 octobre 2010.

[623]Article 15 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

pourfendre cette proposition de loi[624], mais qui une fois passée dans les rang de l'UDI a pu exprimer favorablement sur ses objectifs et son contenu[625]. Nous avons d'ailleurs retrouvé sur son site Internet la vignette que nous avions réalisée sur les lanceurs d'alerte pour le notre. Un emprunt amusant mais qu'elle ne nous a pas signalé.

La loi votée le 13 avril 2013, si elle est la première à utiliser et définir le lanceur d'alerte, nous laisse amer tant elle est devenue un quasi *neutron législatif* pour reprendre l'expression souvent utilisée par Guy Carcassonne.

La Haute Autorité de l'Alerte et de l'Expertise, institution indépendante que Sciences Citoyennes, proposait pour établir et contrôler les règles de déontologie de l'expertise et traiter effectivement les alertes quitte à solliciter des contre-expertises, est remplacée par une « Commission nationale de la déontologie et des alertes [CNDA] en matière de santé publique et d'environnement chargée de veiller aux règles déontologiques s'appliquant à l'expertise scientifique et technique et aux procédures d'enregistrement des alertes en matière de santé publique et d'environnement »[626], sans réel pouvoir et sous tutelle ministérielle. Cette instance à qui nous voulions confier le recueil et le traitement des alertes n'a donc la capacité que de les consigner et les transmettre, sans intervention de sa part, aux ministères compétents, qui le cas échéant peuvent, mais n'y sont pas obligés, en confier l'examen à une agence sanitaire ou environnementale de leur choix.

Par ailleurs, la possibilité pour n'importe quel citoyen de lancer une alerte est supprimée pour ne réserver ce droit qu'aux salariés, à l'adresse de leur employeur et donc exclusivement dans le cadre de leur activité professionnelle. Nous restons donc dans le cadre confiné du travail où le poids hiérarchique est la meilleure garantie que les alertes seront étouffées.

Notons cependant une avancée significative permettant de traiter les éventuelles mises au placard des lanceurs d'alerte. La loi décrit précisément toutes les représailles que le lanceur d'alerte peut faire valoir pour démontrer les pressions de sa hiérarchie. Il est ainsi est écrit qu'un lanceur d'alerte « ne peut être écarté d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat ». Cette description a été préférée à une liste vague qui venait d'occasionner la

[624]Chantal Jouanno : « (…) Pour toutes ces raisons, et compte tenu des exigences budgétaires, mon groupe votera contre cette proposition de loi. Il a exprimé sa grande préoccupation face aux risques de dérives du droit d'alerte et du recours abusif au principe de précaution. », propos tenu en séance le 15 octobre 2012.
[625]Chantal Jouanno : « Cette proposition de loi est donc importante. (…) j'espère que la réécriture de ce texte par l'Assemblée nationale ne l'a pas vidé de son ambition. »
[626]Article 2 de la Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.

censure par le Conseil constitutionnel de la disposition du code pénal sanctionnant le harcèlement sexuel au motif que sa définition était imprécise.[627]

Un point fondamental, mais dont nous avions négligé l'impact à l'époque, est l'inclusion des personnes morales dans la définition du lanceur d'alerte. Ce qui nous paraissait comme une évidence ne l'était en fait pas du tout, comme nous le verrons pas la suite.

De la même manière, nous avons manqué de prudence sur la question de la bonne foi qui en étant une condition au lancement d'alerte ne repose que sur des jurisprudences, dont la persistance n'est pas garantie. C'est la raison pour laquelle au Royaume-uni, le *Public Interest Disclosure Act* (PIDA) de 1998 a été amendé en avril 2013, pour que la bonne foi ne soit plus une exigence pour lancer d'alerte. Elle n'est plus prise en compte qu'au moment de calculer les indemnités auxquelles le lanceur d'alerte peut prétendre en réparation des représailles subies. En effet, la remise en cause de la bonne foi servait à la partie adverse à délégitimer le lanceur d'alerte et à concentrer la procédure sur la motivation plutôt que sur le signalement. Nous reviendrons sur ce point plus loin, avec l'analyse de la *Loi Sapin 2*.

Enfin, la question des secrets, abondamment discutée dans les deux hémicycles, n'a été pas été abordée dans la loi. Nous nous sommes rendus compte depuis qu'elle était cruciale par l'obstacle à l'alerte que ceux-ci constituent, l'alerte et le secret sont tous deux des exceptions aux règles de droit, rendant difficile de déterminer laquelle des deux prime sur l'autre. En théorie, l'alerte pouvait être lancée, voire traitée, mais ne protégeait pas le lanceur d'alerte de sanctions pénales révélant une information couverte par le secret.

Pour conclure ce qu'il est difficile de considérer comme une grande réussite, rappelons que les décrets d'application ont mis plus de 18 mois à être publiés (en pleine trêve des confiseurs 2014[628]) et compte tenu probablement de l'absence de pouvoir de la CNDA, la nomination de son président s'est avérée compliqué, certaines personnalités pressenties pour le poste ne montrant pas un enthousiasme démesuré. Finalement c'est près de trois ans après le vote de la loi, le 26 janvier 2017, que Ségolène Royal, alors ministre de l'Écologie, désigne à sa tête Marie-Christine Blandin, à l'origine de sa création, rendue disponible par l'annonce récente de la fin de sa carrière politique.

Qu'il s'agisse d'un nouveau hasard de calendrier ou d'une vilaine taquinerie du gouvernement, c'est pourtant au moment de la nomination des membres de la CNDA[629], que la loi Sapin a fini de détricoter les dernières prérogatives en matière d'alerte que la *loi Blandin* comportait. C'est donc uniquement sur le terrain de l'expertise que celle-ci aura son

[627]Décision n° 2012-240 QPC du 04 mai 2012.
[628]Décret n° 2014-1629 du 26 décembre 2014, JO du 28 décembre 2014.
[629]Arrêté du 10 octobre 2016 portant nomination à la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement.

mot à dire. Et encore, cette même loi abroge le 1° de l'article 2 de la *loi Blandin* qui confiait à la CNDA la compétence d'émettre « des recommandations générales sur les principes déontologiques propres à l'expertise scientifique et technique dans les domaines de la santé et de l'environnement, et procède à leur diffusion ».

IV. Vers une mutualisation des forces et moyens des acteurs de l'alerte

De nouveau, l'actualité de 2012-2013 chahute notre agenda. En effet, au moment de l'examen au Parlement de la *loi Blandin*, Mediapart[630] révèle l'existence de fonds non déclarés sur un compte en Suisse de Jérome Cahuzac, alors ministre délégué chargé du Budget du gouvernement Ayraut. La lutte contre la fraude fiscale étant L'engagement 17 de la campagne de François Hollande, il est urgent d'agir. Mais comme souvent urgence et précipitation se téléscopent. Ainsi, deux projets de loi enregistrés le même jour par les services de l'Assemblée nationale, le 24 avril 2013, vont connaître un parcours pour le moins contradictoire. Le projet loi relative à la transparence de la vie publique[631] comporte, dans son article 17, une disposition protégeant les lanceurs d'alerte, mais celle-ci est supprimée le 3 juillet par un amendement de Jean-Pierre Sueur, sénateur PS, rapporteur, pour ce texte, de la Commission des lois du Sénat. Pendant ce temps, le projet de loi sur la délinquance financière[632] qui ne comporte pas de telles dispositions s'en voit doté, le 13 juin 2013, par un amendement en Commission des lois d'Yves Goasdoué et les membres du groupe socialiste, républicain et citoyen. La cohérence du législateur pose question. Sciences Citoyennes ne suit que de très loin ces travaux législatifs puisque la *loi Blandin* venant d'être votée, nous devons reprendre un grand nombre de dossiers laissés en souffrance durant cette activité de plaidoyer intensif. De plus, à cette époque, nous étions exclusivement centrés sur les alertes scientifiques, dont le traitement effectif est pour nous une des conditions d'amélioration de la démocratie technique.

Le fait que la *loi Blandin* repose sur un certain nombre de décrets, nous nous mettons en veille mais ne restons pas inactif. L'ANSES organise en juin 2013 un colloque sur l'expertise : « L'expertise scientifique : dispositifs et nouveaux enjeux » où nous sommes invités à intervenir. Plus tôt dans l'année, l'Agence européenne de l'environnement publie un rapport qui fait date[633]. L'Union européenne est un acteur incontournable dans l'organisation du système d'expertise et les difficultés que nous rencontrons en France apparaissent presque mineures confrontées à celles qui apparaissent au niveau de l'Union, tant les agences d'expertise européennes sont empêtrées dans des conflits d'intérêts qui dépassent de loin la

---

[630]Fabrice Arfi, *Le compte suisse du ministre du budget Jérôme Cahuzac*, Mediapart, 4 décembre 2012.
[631]Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[632]Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.
[633]Agence européenne pour l'environnement (EEA), *Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation*, janvier 2013.

caricature[634]. Nous aurons d'ailleurs quelques années plus tard l'illustration de l'impact sur l'expertise du niveau de conflit d'intérêt au sein des agences. Ainsi, entre 2013 et 2014, l'évaluation du bisphénol A (BPA) fait apparaître des divergences significatives entre les agences sanitaires européenne et française. Tandis que l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA) estime que les niveaux actuels d'exposition sont sans risque pour la santé humaine, tout en préconisant une diminution significative de la dose journalière tolérée[635], De con côté, l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) met en avant un risque imposant une réaction des pouvoirs publics et commente les divergences d'avis entre les deux agences[636].

Nouveau hasard de calendrier, dans un tout autre registre, les révélations de Bradley/Chelsea Manning et de Edward Snowden les conduits à être accusés d'espionnage et de trahison pour avoir révélé les illégalités organisées et couvertes par le gouvernement des États-unis, ceci malgré l'existence du *Whistleblower Protection Act*. Il faut dire que cette loi de 1989, révisée en 2007, comporte de nombreuses exceptions et ne s'applique notamment pas aux employés de la NSA ou si les informations sont couvertes par le secret... L'indignation internationale est de la même ampleur que la nature des informations révélées ou la violence de la réaction États-unienne. Les peines encourues (136 années de prison pour Bradley Manning et potentiellement la peine de mort pour Edward Snowden) conduise d'ailleurs, en juillet 2013, la Haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Navi Pillay, à inviter les États à mieux protéger ceux qui révèlent des violations des droits de l'homme.

L'alerte est donc en 2013 au coeur d'une actualité qui rebondit au gré des affaires ou scandales révélés dans la presse.

En France, le *yoyo* législatif autour des deux nouvelles *lois alerte* est le déclencheur du début d'une campagne médiatique orchestrée par Transparency International, qui mobilise autour d'elle plusieurs associations et de syndicats dont Anticor, Sherpa, le Réseau Environnement Santé, la CFDT Cadres et IRESCA, intéressés par la question de l'alerte. Nous sommes par conséquent invités à rejoindre cette coalition et à cosigner des communiqués de presse exigeant le rétablissement de l'article protégeant les lanceurs d'alerte[637].

---

[634]Corporate Europe Observatory, *Exposed: conflicts of interest among EFSA's experts on food additives*, 15 juin 2011, https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/efsa_ans_panel.pdf

[635]« L'exposition au bisphénol A ne présente pas de risque pour la santé des consommateurs », Communiqué de l'EFSA du 21 janvier 2015. http://www.efsa.europa.eu/fr/press/news/150121

[636]https://www.anses.fr/fr/content/bisphénol-l'efsa-préconise-une-diminution-de-la-dose-journalière-tolérée-tout-en-considérant

[637]Communiqué de presse signé par la CFDT-Cadres, Sciences Citoyennes, La Quadrature du Net, Regards Citoyens, le Réseau Environnement Santé, Sherpa et Transparency International France, *Les associations de la société civile appellent les sénateurs à rétablir la protection des lanceurs d'alerte dans le projet de loi sur la transparence de la vie publique*, 8 juillet 2013.

Prenant conscience que si les sujets sont extrêmement différents, les mécanismes de représailles des lanceurs d'alerte sont similaires, c'est l'occasion pour nos deux structures, Transparency International et Sciences Citoyennes, de réfléchir à la mutualisation de nos activités de plaidoyer. Ainsi lors du colloque que nous organisons le 17 décembre 2013 sur le thème « Alerte, expertise et démocratie »[638], nous invitons Nicole-Marie Meyer à intervenir dans la séance d'introduction sur l'alerte. Cette décision consacre notre volonté d'élargir notre terrain d'intervention concernant l'alerte.

Nous en sommes alors à cinq *lois alerte* très hétérogènes dans la manière dont elles protègent et traitent l'alerte. La loi du 11 octobre 2013 ne s'adresse qu'aux agents publics, celle du 16 avril inclue les personnes morales, celle du 6 décembre 2013 concerne le secteur public et privé mais ne concerne pas les personnes morales. Les mesures de protection sont également différentes. Parmi les représailles contre lesquelles le lanceur d'alerte est protégé, le licenciement n'est inscrit que dans trois des cinq lois. Dans la loi du 16 avril 2013, les canaux de signalement sont limités à l'employeur et aux autorités administratives et judiciaires, avec un système de palier entre ces interlocuteurs, tandis que la loi du 11 octobre 2013 permet le signalement aux associations anti-corruption agrées[639] et celle du 6 décembre 2013 permet la révélation au public sans démarche préalable.

En effet, comme souvent la réaction urgente à l'actualité nuit à la qualité des travaux menés. La question de l'expertise et de l'alerte n'échappe pas à la règle et, de 2011 à 2015, c'est la construction d'un véritable *patchwork* législatif que vont tisser les gouvernement Fillon, sous la présidence Sarkozy, et Ayraut puis Valls, sous la présidence Hollande. Il nous apparaît alors évident qu'il faudra passer par le vote d'une loi globale.

Conscient que rien ne se fera spontanément, avec Transparency International, nous décidons de mutualiser nos efforts dans le but de tracer les grandes lignes de cette loi globale. En outre, l'appel d'air pour l'alerte généré par l'actualité et l'évolution de la législation fait resurgir notre crainte de ne pas être capables de répondre aux nombreuses sollicitations. La Maison des Lanceurs d'Alerte devient donc naturellement le deuxième pilier de notre partenariat. Nous parvenons alors à obtenir un financement de la Fondation Charles Léopold Mayer (FPH) pour développer les activités nécessaires à la mise en œuvre de ces deux projets. Ce financement porte sur la période 2014-2015, mais l'intérêt de la FPH pour ces enjeux nous laisse espérer un partenariat de plus long terme, particulièrement bienvenu compte tenu de l'ampleur du chantier à venir.

Nous démarrons un travail d'analyse comparative des lois existantes dans les quelques pays ayant introduit des mécanismes de protection des lanceurs d'alerte. Pour ce faire, nous

[638] https://sciencescitoyennes.org/actes-du-colloque-alerte-expertise-et-democratie/
[639] Anticor, Sherpa et Transparency International à la suite de la loi du 11 octobre 2013.

réussissons à convaincre Marie-Angèle Hermitte, avec qui nous avions élaboré notre texte de loi sur l'alerte sanitaire et environnementale, Éric Alt de l'association anti-corruption Anticor, ainsi que Laure Romanet et Jean-Philippe Foegle, tous deux juristes spécialistes de ces questions.

Le PIDA[640] au Royaume-uni, son pendant en Afrique du Sud[641], et le PIA[642] en Irlande feront l'objet d'une attention particulière car elles apparaissent comme les lois les plus avancées en matière de protection. Le PIDA propose par exemple un architecture souple des trois paliers de signalement :

- Une alerte interne est possible sans limite (sauf en cas de mensonge). Le lanceur d'alerte est protégé ;
- L'alerte d'une autorité publique nécessite plus d'éléments. Mais on a le droit de se tromper. Une protection est mise en place ;
- Le troisième niveau autorisé est l'alerte du public via les médias, utile notamment quand l'alerte interne est impossible ou *dangereuse*. Le droit d'alerte publique répond à plusieurs conditions : la révélation de l'alerte au public doit être raisonnable ; le lanceur d'alerte ne doit pas rechercher un profit personnel ; il craint des représailles ou un étouffement de l'alerte ; le fait signalé est d'une nature *exceptionnellement sérieuse*643

Mais ces lois ne concernent que le cadre du travail. Il en est de même de la recommandation du Conseil de l'Europe d'avril 2014[644]. Ceci constituera un premier élément de divergence entre nos structures. Nous considérons en effet que c'est autour de l'alerte peu importe sa source et les motivations de celui qui la porte que doit d'articuler son traitement. Nos partenaires de Transparency International et d'Anticor estiment quant à eux que la sortie du cadre de travail constitue une sorte de *boite de Pandore* qu'il serait très imprudent d'ouvrir. Cependant, si d'autres divergences apparaissent, comme l'intégration ou non de la personne morale dans la définition du lanceur d'alerte, elles ne sont pas de nature à remettre en cause notre partenariat tant les enjeux méritent de joindre nos forces.

En parallèle de ce recueil des meilleures pratiques à l'international, nous entrons en contact avec le député Yann Galut, qui avait été rapporteur de la loi du 6 décembre 2013, et planifions une série de colloques visant à rassembler institutionnels, élus et société civile,

---

[640] *Public Interest Disclosure Act* (1998).
[641] *Protected Disclosures Act* (2000).
[642] *Protected Disclosures Act* (2014).
[643] Présentation de *Public Concern at Work* par Anna Myers lors d'une réunion du comité de pilotage de préfiguration de la Maison des Lanceurs d'Alerte en avril 2015.
[644] Recommandation du Conseil de l'Europe CM/Rec(2014)7

afin de les sensibiliser sur l'importance de remettre à plat l'édifice juridique actuellement en vigueur :

- Le 4 février à l'Assemblée nationale : *Lanceurs d'alerte. La sécurisation des canaux et des procédures* [645]
- le 2 avril à l'auditorium confédéral de la CFDT : *Une Maison pour les Lanceurs d'alerte ?* [646]
- Le 29 septembre à l'Assemblée nationale : *Une loi globale pour la protection des lanceurs d'alerte en France* [647]

L'intérêt pour les lanceurs d'alerte est tel que nous devons clôturer les inscriptions seulement quelques jours après leur ouverture.

Yann Galut, lors d'un entretien préliminaire à l'organisation du premier colloque, nous confie qu'il entend déposer une proposition de loi sur la base de nos travaux et nous invite à ne pas tarder, étant donné que la proximité, de nouveau, des élections présidentielles nous imposent de conclure ce projet avant la fin du premier semestre 2016.

Par ailleurs, début septembre 2015, nous sommes, Nicole-Marie Meyer et moi-même sollicités, en tant que représentants de la société civile, par Emmanuelle Prada-Bordenave, conseiller d'État, pour participer aux travaux du groupe d'étude mis en place suite à la saisine du Conseil d'État par le Premier ministre, Manuel Valls, d'une demande d'étude portant sur le bilan des différents dispositifs de lanceur d'alertes introduits dans notre droit ces dernières années.

Enfin, nous apprenons, que Michel Sapin, ministre de l'Économie et des Finances, a le projet de déposer un projet de loi sur la transparence de la vie économique dans lequel, il entend inclure des dispositions visant à traiter l'alerte globalement.

Nous avions organisé, début 2015, deux réunions avec une dizaine d'organisations afin de démarrer notre projet de Maison des Lanceurs d'Alerte (MLA). Mais la convergence de ces trois projets (*proposition de loi Galut*, étude du Conseil d'État et *loi Sapin 2*) nous

---

[645] Y interviennent notamment Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, Ciara Bottomley de Public Concern at Work et Yann Galut, député PS qui souhaite déposer une proposition de loi globale sur la base de nos travaux : https://sciencescitoyennes.org/colloque-sur-les-lanceurs-dalerte-le-4-fevrier-2015-a-lassemblee-nationale-documents/

[646] Y interviennent notamment Irène Frachon et M Antoine Deltour et André Cicolella qui témoigne de l'intérêt d'une Maison des Lanceurs d'Alerte dont ils auraient aimer pouvoir profiter dans leur parcours du combattant : https://sciencescitoyennes.org/colloque-sur-les-lanceurs-dalerte-le-2-avril-2015-a-la-bourse-du-travail-de-paris/

[647] Y interviennent Christian Vigouroux, président de la section intérieur du Conseil d'État ainsi que plusieurs parlementaires européens et français de différentes tendances – Michèle Rivasi (EELV), Eric Alauzet (EELV), Eric Bocquet (PCF), Charles de Courson (UDI), Yann Galut (PS) et Pierre Morel-à-L'Huissier (LR) - qui affirment leur intention de soutenir notre démarche visant à obtenir une loi globale sur l'alerte : https://sciencescitoyennes.org/colloque-lanceurs-dalerte-29-septembre-2015-assemblee-nationale/

contraignent à reporter nos travaux de préfiguration de la MLA, le temps que se referme cette importante fenêtre de tir législative.

V. Un plaidoyer dans un contexte national et européen très mouvants

De 2015 à 2016, l'actualité législative concernant l'alerte dépasse en intensité celle de l'année 2013 au cours de laquelle, comme nous l'avons vu, trois lois avaient pourtant été votées. Cette actualité dépasse également le cadre national, puisqu'au moment où nous réfléchissons à une loi globale sur l'alerte, la Commission européenne enclenche la procédure législative relative à la directive sur le secret d'affaires. Le démarrage des négociations au sein du triangle institutionnel de l'Union (Commission, Parlement et Conseil) survient alors qu'une importante mobilisation des journalistes et des organisations en lien avec l'alerte avaient réussi à obtenir la suppression de dispositions sur ce sujet dans la *loi Macron* de 2015[648]. Ce que nous souhaitons obtenir par l'intermédiaire d'une loi globale sur l'alerte risquait d'être remise en cause par l'introduction dans le droit de mesures réprimant la révélation d'informations couvertes par le secret d'affaires.

Ce conflit entre alertes et secrets constituent un nœud à la source d'un rapport de force entre intérêt général d'une part et intérêt économique et financier d'autre part. Une coalition d'organisations de la société civile s'organise alors pour tenter de dresser des garde-fous dans cette directive qui entend consacrer la prééminence du secret sur la liberté d'expression d'une part et le droit d'alerte d'autre part.

En attendant, la logique du gouvernement nous interpelle. Pendant que Manuel Valls demande au Conseil d'État d'élaborer des recommandations pour réformer le droit d'alerte, Michel Sapin propose d'inclure les éléments d'une loi globale dans un projet de loi sur la transparence de la vie économique. Une démarche similaire par le biais d'un amendement aurait des chances d'être considérée comme un cavalier législatif par le Conseil constitutionnel. Enfin, Yann Galut du même groupe politique, fait une large publicité de son intention de déposer une proposition de loi globale. Il règne apparemment une certaine confusion dans les rangs de la majorité.

Dans le même temps, le Rapporteur spécial, David Kaye, obtient le vote par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, d'un rapport sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression[649], en application de la résolution 25/2 du Conseil des droits de l'homme, qui va dans notre sens en recommandant d'élargir considérablement la définition du lanceur d'alerte. Il suggère que l'alerte ne soit pas

[648]loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
[649]Rapport du Haut-Commissaire de l'ONU aux droits de l'homme sur la promotion et protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, 8 septembre 2015.

cantonnée au cadre du travail et que la bonne foi ne soit pas exigée pour lancer l'alerte, prenant comme référence le *PIA* irlandais.

Nous reprenons le contenu de cet argumentaire en soulignant l'importance de concentrer la loi sur l'alerte et non sur le lanceur d'alerte et obtenons du groupe d'étude du Conseil d'État un consensus autour de ces différents points-clés, contre l'avis de notre partenaire, Transparency International. Ainsi l'étude, rédigée par le rapporteur du Conseil d'État Tristan Aureau, et publiée en avril 2016[650], recommande de ne pas limiter l'alerte au cadre du travail et d'inclure dans les lanceurs d'alerte les personnes morales (proposition n°4).

Cela dit, sur les autres points, notre plaidoyer est largement consensuel. Ceci nous permet de convaincre les autres membres du groupe d'étude de proposer un interlocuteur unique pour les lanceurs d'alerte, le Défenseur des droits(proposition n°15) , comme nous l'avions proposé du fait, notamment, de ses nombreux pouvoirs d'investigations et qu'il s'agit d'une autorité constitutionnelle. Malheureusement, la crainte liée à la grande multiplicité de domaines concernés par l'alerte conduit le groupe d'étude à ne demander l'intervention du Défenseur des droits que pour garantir la protection des lanceurs d'alerte et non pour traiter les alertes. La mise en place de canaux de signalement clairement définis et devant faire l'objet de publicité (proposition n°6) est également préconisée, mais surtout un portail unique doit permettre à tout lanceur d'alerte de transmettre son signalement, lorsque rien n'est prévu ou lorsqu'il ne sait pas à qui s'adresser (proposition n°9). D'autres recommandations sont très progressistes par rapport à ce que nous avions pu observer lors de nos travaux d'analyse de droit comparé. Ainsi, la sanction des tentatives d'étouffement de l'alerte sont préconisées, qu'il s'agisse de manœuvres au sein des organisations ou des procédures judiciaires abusives (proposition n°14). L'étude encourage même les pouvoirs publics à « soutenir à soutenir les initiatives de la société civile visant à créer de structures d'accueil et de conseil des lanceurs d'alerte ». Il est même fait mention de notre projet de Maison des [L]anceurs d'[A]lerte !

Cependant, sur plusieurs aspects, nous n'obtenons pas satisfaction. La bonne foi, par exemple, reste une exigence pour lancer l'alerte. L'argument sur la prééminence de l'alerte sur la motivation du lanceur d'alerte avait été favorablement accueillie par plusieurs membres du groupe d'étude, mais la sensibilité de cette question, dans un contexte de crainte de l'utilisation du droit d'alerte à des fins malveillantes a eu raison de cette proposition.

La question de l'articulation entre secret et alerte reste un angle mort. L'étude ne propose que de « préciser les modalités de la conciliation à opérer entre les dispositions relatives au droit d'alerte et chacun des secrets pénalement protégés, en déterminant les conditions

[650]Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La documentation française, avril 2016.

dans lesquelles il est possible d'y déroger pour lancer une alerte » (proposition n°8), sans recommandation particulière.

En parallèle, avec Anticor et Transparency International, nous élaborons le texte que Yann Galut nous propose d'inclure dans sa proposition de loi, mais sans parvenir pas à convaincre le député d'inclure les personnes morales dans la définition et ni de sortir du strict cadre du travail. L'agenda nous est en effet défavorable. Nous devions finaliser cette proposition de loi pour novembre 2015, tandis que l'étude du Conseil d'État, qui va dans notre sens sur ces points, n'est paru qu'en avril 2016.

Nous soumettons au député, en novembre 2015, une version pour laquelle nous avions fini par obtenir un accord sans conviction d'Anticor et Transparency International :

> « Art.1. I- Lanceur d'alerte désigne toute personne physique ou morale qui signale ou révèle, avec la conviction raisonnable qu'elles sont vraies, des informations relatives à un crime, un délit, une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général. »

Mais la version finale de les définitions du lanceur d'alerte et de l'alerte[651] est drastiquement limitée, ce qui justifiera notre retrait de cette initiative :

> « Article 1 : Définition du lanceur d'alerte
> Est qualifiée de « lanceur d'alerte » toute personne physique qui signale ou révèle, de bonne foi, une information relative à un crime, un délit, une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a la connaissance dans le contexte d'une relation de travail, rémunérée ou non, présente ou passée.
>
> Article 2 : Définition de l'alerte
> L'alerte désigne le signalement ou la révélation d'une information relative à un crime, un délit, une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, acquise dans le contexte d'une relation de travail, rémunérée ou non, présente ou passée. »

Nous nous désolidarisons donc de nos partenaires, Transparency International et Anticor, et décidons de ne pas soutenir cette proposition de loi, ni la pétition que Transparency International initie, puisqu'elle repose sur la définition issue de la recommandation du Conseil de l'Europe restreinte aux personnes physiques dans le cadre de leur relation de travail.

---

[651] Proposition de loi globale relative a la protection des lanceurs d'alerte, enregistrée le 3 décembre 2015 à l'Assemblée nationale

La version initiale du projet de *loi Sapin 2* contient un espace quasi vide intitulé « Mesures relatives aux lanceurs d'alerte », que Michel Sapin confirme dépendre des conclusions du Conseil d'État. Compte tenu de ce flou, l'étude d'impact, qui doit accompagner chaque projet de loi, n'a pas dû être évidente à réaliser.

La proposition de loi de Yann Galut est déposée le 3 décembre 2015, mais l'annonce de Michel Sapin le conduit à changer de tactique. Sa priorité devient l'inclusion des dispositions de sa proposition de loi dans la *loi Sapin 2*. Et comme il était annoncé, les conclusions du Conseil d'État occasionnent une réécriture drastique de l'article 6 de cette dernière, conduisant à l'insertion d'une série de nouveaux articles numérotés 6A à 6F puis à scinder ce nouvel article 6F en 6FA à 6FC. Pour qui n'aurait pas suivi la genèse de cette loi, cet édifice à tiroir peut paraître étonnant voire complexe.

Conformément aux recommandations du Conseil d'État, la définition du lanceur d'alerte dans le texte voté en première lecture à l'Assemblée nationale reprend à la fois la non-restriction au cadre du travail et le fait de ne pas concerner uniquement les personnes physiques :

> « Article 6 A (nouveau)
> Un lanceur d'alerte est une personne qui révèle, dans l'intérêt général et de bonne foi, un crime ou un délit, un manquement grave à la loi ou au règlement, ou des faits présentant des risques ou des préjudices graves pour l'environnement ou pour la santé ou la sécurité publiques, ou témoigne de tels agissements.
> Il exerce son droit d'alerte sans espoir d'avantage propre ni volonté de nuire à autrui. »

Cette définition permet de tenir compte de ce qu'a pu apporter la *loi Blandin*. Cependant, en pleine *affaire Deltour*, elle se heurte à la difficulté de traiter les alertes ne reposant pas sur des agissements illégaux. Compte tenu de l'absence de définition juridique de cette notion, nous avions émis des réserves sur la pertinence d'invoquer l'intérêt général dans cette définition, mais cette formulation avait aussi reprise dans la *proposition de loi Galut.*

En outre, conformément aux garde-fous qui limitent également l'action du Défenseur des droits, certains secrets font obstacles à l'alerte, un troisième alinéa encadre l'expression du droit d'alerte dans le cas où cette information est couverte par certains secrets :

> « L'alerte ne saurait révéler quelque élément que ce soit relevant du secret de la défense nationale, du secret médical ou du secret des relations entre un avocat et son client. »

Chacun de notre côté ou parfois en front commun, nous proposons à chaque lecture une série d'amendements. Ceux de Sciences Citoyennes sont concentrés sur la définition et le suivi de l'alerte ainsi que sur l'extension des prérogatives du Défenseur des droits[652]

À propos du Défenseur des droits, la mise à l'agenda de l'examen des modifications de la loi organique qui lui est consacrée, en parallèle de celui de la loi Sapin 2, semblait impossible, selon nos interlocuteurs, compte tenu du règlement de l'Assemblée nationale. En effet, dans la version initiale, la question d'une autorité spécifique pour protéger les lanceurs d'alerte était restée dans le flou. Le choix du Défenseur des droits et l'insertion dans l'agenda d'un projet de loi organique lui octroyant des prérogatives en matière d'alerte ont finalement obtenu l'aval du gouvernement, ce qui explique son dépôt tardif.

Dans le même temps, la mobilisation nationale, coordonnée par la CGT UGICT, et européenne, coordonnée par Corporate Europe Observatory, autour de la directive sur le secret d'affaires, et auxquelles nous participons, axent une partie de leurs revendications sur la nécessité d'inclure le droit d'alerte dans les exceptions à la protection de ce secret. La directive est votée en juin 2016 et grâce à ces mobilisations, inclue heureusement la liberté d'expression et le droit d'alerte aux titres des exceptions. Cependant, contrairement aux différentes *lois alerte*, dont la *loi Sapin 2*, qui prévoient l'aménagement de la charge de la preuve[653], dans le texte de la directive, le lanceur d'alerte doit faire la preuve qu'il agit pour l'intérêt général. Nous espérons que sa transposition dans le droit français, qui doit être effectuée avant le 9 juin 2018 et qui étonnamment repose sur une simple proposition de loi[654] et non un projet de loi comme c'est l'usage, sera l'occasion de rétablir le rapport de force favorable au lanceur d'alerte. En attendant, le secret d'affaires, puisqu'il n'est pas encore consacré dans le droit français, ne figure pas dans les exceptions mentionnées dans la loi Sapin.

Concernant cette dernière la navette parlementaire pâtit du changement de majorité du Sénat à l'occasion les élections de septembre 2015. La droite reprend le contrôle de la chambre haute. Le texte est de ce fait totalement neutralisé lors de son passage au Sénat. Pourtant, bien que les règles du jeu parlementaire donnent le dernier mot à l'Assemblée nationale, la majorité se montrera timide et reviendra en arrière sur plusieurs dispositions, dont la définition du lanceur d'alerte. Mais le Défenseur des droits se voit muni de nouvelles prérogatives pour accompagner les lanceurs d'alerte[655] à l'exception du soutien financier,

---

[652]https://sciencescitoyennes.org/amendements-au-projet-de-loi-sapin-2/

[653]C'est à l'auteur des représailles de prouver que celles-ci ne sont pas liées à l'alerte.

[654]Raphaël Gauvain, *Proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*, déposée le 19 février 2018.

[655]Loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

suite à une censure du Conseil constitutionnel au motif que ce rôle n'est pas prévu dans la Constitution pour cette autorité[656].

Notons une entourloupe dont nous n'avons pas encore pu mesurer les effets. Le système de signalement par palier mis en place par la *loi Sapin 2* se rapproche de celui recommandé par le Conseil d'État, lui-même inspiré du PIDA, à ceci près qu'il ne prévoit pas de passer outre la signalement à l'employeur en dehors du cas où il est constaté « l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement ». Autrement dit, telle que la loi le prévoit, si la personne destinataire de l'alerte est auteur ou complice du fait signalé par le lanceur d'alerte, ce dernier ne peut adresser son alerte à « l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels » sans l'avoir au préalable adressée à cette première personne. Notons à ce sujet que le compte-rendu intégral des débats ne l'est pas tout à fait, ce qui dans certains cas peut conduire à une lecture différente des discussions. Par exemple, lorsque Yann Galut interpelle le ministre sur la souplesse des canaux de signalement « notamment, dans l'hypothèse où la hiérarchie serait impliquée, voire complice. », le compte-rendu a omis le terme *notamment*, ce qui semble montrer que Michel Sapin, en répondant « Mais, évidemment, si cette hiérarchie fait elle-même partie de ceux dont les comportements sont dénoncés par le lanceur d'alerte, il existe une autre voie, extérieure à l'entreprise, qui permet au lanceur d'alerte d'agir dans de bonnes conditions et avec les protections qui lui sont accordées par cette loi. »[657] a complètement répondu à la question du député. Cependant, malgré cette confirmation, ni le ministre, ni le rapporteur du projet de loi, Sébastien Denaja n'ont considéré utile de retenir l'amendement consistant à inscrire cette possibilité dans la loi, arguant que le juge comprendrait l'intention du législateur... Cette attitude semble peu compréhensible, sauf si l'on fait l'hypothèse de l'importance avant tout de cadenasser un système que, dans leur précipitation à répondre à l'émotion de l'opinion publique, le gouvernement avait ouvert trop largement.

Aussi, la loi votée le 9 décembre 2016, si elle constitue pour notre partenaire Transparency International une avancée[658], sera pour nous très décevante à plusieurs titres. Nous publions un communiqué intitulé « *Loi Sapin 2 :* un dispositif inopérant pour l'alerte »[659] dans lequel nous déplorons, malgré plusieurs avancées concrètes en matière de protection et d'accompagnement des lanceurs d'alerte :

- l'exclusion du droit d'alerte des personnes morales ;

---

[656]Décision n° 2016-740 DC du 8 décembre 2016.
[657]Compte-rendu intégral de la séance consacrée à l'examen en dernière lecture de l'Assemblée nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2016-2017/20170038.asp
[658]Communiqué de Transparency International France : La lutte contre la corruption transnationale et la protection des lanceurs d'alerte sont les avancées majeures de la loi Sapin 2, 9 novembre 2016.
[659]https://sciencescitoyennes.org/loi-sapin-2-un-dispositif-inoperant-pour-lalerte/

- la dissociation de la protection du lanceur d'alerte du traitement de ladite alerte et de son expertise, qui a pour conséquence de ne pas protéger l'alerte elle-même ;
- l'amputation des missions de la Commission nationale de déontologie de l'expertise et de l'alerte, créée par la *loi Blandin* qui interroge sur l'institution vers laquelle le Défenseur des droits enverra les lanceurs d'alerte quand elles concerneront les questions sanitaires et environnementales.

Nous concluons ce communiqué par les propos suivants :
« Car si le lanceur d'alerte est a priori protégé de représailles directes, d'autres moyens de pression existent (intimidations, actions sur les proches, etc.). Qui donc ira prendre le risque de s'exposer ou d'exposer ses proches s'il n'a pas la garantie que son alerte [sera] traitée ? L'alerte est d'utilité publique et rien ne doit permettre d'en freiner la manifestation. »

Il y a d'autres points problématiques dans cette loi que nous n'abordons pas dans ce communiqué, puisqu'un communiqué se doit d'être court pour faciliter la transmission des messages qu'il contient, dont notamment la mention de l'intérêt général, de la bonne foi et de la manière désintéressé dans la définition du lanceur d'alerte.

La référence à l'intérêt général permet de prendre en compte des alertes qui ne dénoncent pas des illégalités. C'est d'ailleurs l'argument utilisé pour intégrer dans cette définition des lanceurs d'alerte comme Antoine Deltour. Mais en l'absence de définition juridique de cette notion, cette qualification sera à l'appréciation du juge.

La notion de bonne foi pose également un problème. En effet, même si la jurisprudence sur la bonne foi (ou plutôt sur la mauvaise foi, puisque « [l]a bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. »[660], sauf pour les personnes poursuivies pour diffamation ou injure) semble montrer que n'est apprécié que le fait que le justiciable pense que ce qu'il dit est vrai[661], que le législateur se repose sur la jurisprudence pose question sur sa propre conception de son rôle dans l'élaboration des lois.

Enfin, l'ajout de la condition pour le lanceur d'alerte d'agir « de manière désintéressée » dans la définition pose un problème majeur. Initialement, elle avait pour but d'éviter que ne s'instaure un système de chasseur de prime à l'instar de ce qui existe notamment aux États-Unis pour la fraude fiscale (mais également en France depuis 2017[662]). Mais ce critère pourrait disqualifier un lanceur d'alerte militant.

Un exemple récent, qui est inquiétant à ce titre, est la condamnation par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence de Pierre-Alain Mannoni, enseignant à l'université de Nice Sophia

[660]Article 2274 du code civil.
[661]Cass. Crim., 17 juin 2008, pourvoir n°07-80.767
[662]Article 109 de la Loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017.

Antipolis et chercheur au CNRS, pour aide au séjour et à la circulation de personnes en situation irrégulière. Il avait porté assistance à trois érythréennes en situation de détresse. En première instance, le Tribunal correctionnel de Nice, l'avait relaxé estimant qu'il avait agi en « prenant en compte la situation de fragilité particulière et de détresse dans laquelle se trouvaient ces personnes » et pour « préserver la dignité et l'intégrité des trois migrantes, mettant en œuvre tout moyen, toute aide et en l'espèce en leur permettant de quitter dans son véhicule un lieu inadapté afin de les mettre en sécurité dans son appartement ». Le 11 septembre 2017, la Cour d'appel a estimé quant à elle que l'immunité pénale prévue par l'article L.622-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) , lorsque « lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte », n'était pas invocable puisque Pierre-Alain Mannoni tirait un bénéfice de cette situation, étant militant sur le droit des migrants ! La même Cour avait condamné Cédric Herrou, le 8 août 2017, avec le même argumentaire.

Fin 2016, la *loi Sapin 2* étant donc enfin votée, il nous est alors possible de remobiliser nos partenaires autour du projet de Maison des Lanceurs d'Alerte.

VI. Le projet de Maison des Lanceurs d'Alerte (MLA) se concrétise

Comme nous l'avons vu, l'idée de cette Maison des Lanceurs d'Alerte (MLA) remonte à une dizaine d'années mais n'a commencé à se concrétiser qu'en 2014. C'est en effet après le regroupement de plusieurs organisations (associations et syndicats) pour porter un plaidoyer autour des lois alerte de 2013 que la masse critique nous a semblé atteinte pour lancer de manière efficace ce projet.

Ce projet démarre donc en 2014, porté par Sciences Citoyennes et Transparency International France, avec le soutien financier de la Fondation Charles Léopold Mayer (FPH). Par la suite, nous obtenons d'autres soutiens financiers au titre de la réserve parlementaire du *groupe écolo* et de députés PS ou apparentés (Sandrine Mazetier et Pouria Amirshahi).

Si Sciences Citoyennes assure le secrétariat et l'animation du comité de pilotage, la MLA n'a pas vocation à être un objet ni de Sciences Citoyennes, ni de Transparency International France, ni de la FPH. Nous souhaitons en effet que l'ensemble de projet soit co-construit avec l'ensemble de nos partenaires de manière à en garantir la pérennité. Aussi nous souhaitons que soient décidés par l'ensemble du comité de pilotage, que nous avons constitué, ses missions, sa structuration juridique, sa gouvernance, ses modalités d'organisation et de fonctionnement ainsi que sa stratégie de financement.

La première réunion d'un premier groupe de travail a ainsi eu lieu en janvier 2015 réunissant un premier groupe d'organisations de cultures très diverses : Adéquations, Amnesty

International, Anticor, Greenpeace, Ingénieurs Sans Frontières, la Ligue des Droits de l'Homme et Pugwash, ainsi donc que Sciences Citoyennes et Transparency International, en tant que structures invitantes. Il s'agit de présenter notre idée de ce que pourrait être la MLA et d'effectuer un premier tour de table de manière à connaître les positions, les souhaits ou les points de vigilance concernant les différents aspects du projet.

La réunion suivante, en avril 2015, est l'occasion de profiter d'une présentation par Anna Myers de *Public Concern at Work* (PCaW), un organisme caritatif indépendant, fondé en 1993, qui nous sert de modèle puisque, pour reprendre ses mots, ils « fournissent des des conseils confidentiels et gratuits aux lanceurs d'alerte, des formations aux organisations et en se considérant comme les gardiens de la législation, ils mènent des campagnes de plaidoyer et suivent l'efficacité de la loi en pratique. » PCaW est notamment à l'origine du vote du PIDA en 1998. Ils ont conseillé environ 17 000 lanceurs d'alerte entre 1993 et 2014.

Un modèle robuste, un groupe d'organisations très intéressées et la reconduction pour deux ans au moins du financement de la FPH nous laissait augurer un démarrage plus rapide que prévu, mais comme nous l'avons vu plus haut, l'actualité législative (invitation de Yann Galut à accélérer la rédaction d'une loi globale, travaux du groupe d'étude du Conseil d'État puis examen de la *loi Sapin 2*) nous a contraint à mettre le projet entre parenthèse pendant près de deux ans. Ce n'est qu'à l'issue du vote de la *loi Sapin 2*, en décembre 2016, que nous avons pu trouver le temps de reprendre ce chantier.

Les missions et la structure juridique ont été déterminées lors des premières réunions de 2017 :

D'une part, l'activité de la MLA sera consacrée à offrir différents types d'accompagnement des lanceurs d'alerte (juridique, procédural, psychologique, financier, médias/communication, reconstruction/réinsertion), à suivre les alertes, à mutualiser un travail de plaidoyer pour améliorer le cadre juridique de l'alerte ainsi qu'à développer des activités de sensibilisation et de formation auprès des différents acteurs concernés par l'alerte (lanceurs d'alerte, organisations de la société civile, administrations, entreprises, etc.).

D'autre part, la MLA se constituera en association loi 1901 dans un premier temps. L'étude de la pertinence de choisir un modèle alternatif à terme est reporté à plus tard.

La présence au sein du comité de pilotage de nombreux acteurs majeurs sur le terrain de l'alerte, nous a déjà permis de développer une analyse et un plaidoyer communs autour de la consultation de la Commission européen au printemps 2017, dans le cadre de son initiative sur l'alerte, qui nous l'espérons pourrait déboucher sur une directive. Dans la même logique, nous allons mutualiser l'analyse et l'organisation de mobilisations pour

garantir que la transposition en droit français de la directive sur les secrets d'affaires n'amoindrit pas le droit d'alerte.

De nombreux points restent à déterminer ou à approfondir, comme son modèle économique, sa gouvernance, les sources de financement qu'elle privilégie ou s'interdit, les mesures de sécurité à mettre en place pour assurer la confidentialité des données recueillies, stockées et transmises. Ce dernier point est particulièrement crucial et la découverte que le service de renseignements extérieurs des Pays-Bas (AIVD[663]) avaient réussi à placer un de ses agents[664] parmi le personnel de la Maison des Lanceurs d'Alerte néerlandaise[665] ne saurait que confirmer l'importance d'être particulièrement vigilent à ce sujet avec la MLA.

Nous espérons officialiser la création de la MLA en 2018 et démarrer concrètement ses activités d'accompagnement des lanceurs d'alerte fin 2018-début 2019.

VII. Quid de l'alerte scientifique ?

Après le coup de grâce pour la *loi Blandin* opéré par la *loi Sapin 2*, la nécessité d'un recentrage sur la connexion entre alerte scientifique et expertise, parent pauvre des évolutions récentes, nous apparaît indispensable. La *loi Sapin 2* est une étape certes importante pour le droit des lanceurs d'alerte mais tout n'est pas résolu et tout particulièrement le traitement des alertes remettant en cause l'expertise. La mutualisation de nos efforts de plaidoyer avec des organisations de la société civile dont la culture est très différente (associations anti-corruption notamment) a eu pour conséquence de nous éloigner de notre champ d'intervention initial, à savoir l'alerte scientifique.

C'est d'ailleurs le constat Olivier Leclerc, dans son ouvrage de 2017[666] ou que craignait déjà Francis Chateauraynaud et Josquin Debaz en 2013, année qui a consacré l'élargissement de l'usage du terme lanceur d'alerte : « Un des enjeux réside ainsi dans l'extension de la protection juridique à tous les acteurs qui dénoncent des détournements, des faits de corruption, avec le risque de voir marginaliser, du fait de la puissance d'expression des scandales politico-financiers dans l'espace public, les processus d'alertes sanitaires et environnementales. »[667].

---

[663]Service Général de Renseignement et de Sécurité néerlandais.
[664]Merijn RengersJoep Dohmen, *AIVD'er gedetacheerd bij Huis voor Klokkenluiders*, 12 mars 2017.
[665]La Maison des Lanceurs d'Alerte (*Huis voor Klokkenluiders*) néerlandaise est un organisme administratif indépendant qui aide et protège les employés qui lancent l'alerte.
[666]*op. cit.*
[667]Francis Chateauraynaud et Josquin Debaz, *Une pragmatique des alertes et des controverses en appui à l'évaluation publique des risques*, rapport final, septembre 2013

La réforme du système d'expertise qui conditionne le traitement effectif et efficace des alertes reste donc à conquérir. Tout en souhaitant maintenir une dynamique de plaidoyer commun avec Transparency International et nos autres partenaires, nous avons donc décidé de reprendre en parallèle une activité plus spécifique sur l'alerte scientifique et son lien naturel avec l'expertise et la décision publique.

D'une part, nous allons organiser séparément nos activités spécifiques sur l'alerte scientifique (financement FPH spécifique) et celles sur l'alerte générale, faisant l'objet d'une nouvelle convention, avec Transparency International France et la FPH, finançant les activités de plaidoyer et la création de la Maison des Lanceurs d'Alerte. D'autre part, nous projetons un travail de recherche sur la critique de l'expertise, ses liens avec l'alerte en santé et environnement d'un côté et avec la gestion des agences d'expertise ainsi que les décideurs de l'autre. Ce travail est prévu avec Francis Chateauraynaud et Josquin Debaz du Groupe de Sociologie Pragmatique et Réflexive (GSPR) de l'EHESS ainsi que David Chavalarias de l'Institut des Systèmes Complexes de Paris Île-de-France. L'objectif de ce projet, déposé dans le cadre de l'appel à projets 2018 du Programme National de Recherche en Environnement-Santé-Travail de l'ANSES, est le suivant :

« En s'inspirant des travaux menés pour l'observatoire socioinformatique des alertes et des controverses (GSPR/ANSES, 2007-2014), nous élaborerons une plateforme collaborative afin de suivre et d'analyser les activités normatives et réglementaires en matière de risques sanitaires et environnementaux. En recourant à des techniques numériques d'analyse de grandes quantités de documents, nous organiserons des espaces de discussion pour clarifier les processus complexes qui sous-tendent les politiques du risque. L'entrée par les formes de critique de l'expertise permet de rendre intelligibles les processus d'alerte, de controverse et de régulation à l'échelle nationale et européenne. »

*

Performer le dispositif juridique pour la protection des lanceurs d'alerte : vers une approche de la traduction par *hétéronomie* de l'alerte dans le domaine de la santé publique en France

Par Rufin Faustin Nzalakanda et Sonny Perseil

1. Introduction

Pour lutter contre l'insécurité juridique au regard des services rendus par les lanceurs d'alerte à la société, les inciter à demeurer les gardiens des valeurs éthiques et morales de ladite société, encourager les actes qu'ils posent pour sauver des vies humaines dans les domaines de la santé publique et pour éviter qu'ils soient victimes de leurs révélations, cette recherche propose un cadre dichotomique (un régime juridique d'une part, et un régime sociopolitique d'autre part) pour leur protection. Celui-ci repose

principalement sur les dispositions juridiques (analyse critique de la loi Bertrand du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé, de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et de la loi Sapin 2) et sur des mécanismes sociopolitiques. Plus précisément, ce cadre à deux régimes est un modèle de traduction par *hétéronomie* implémenté à partir de nostrois propositions de recherche (ce que nous appelons aussi mécanismes sociopolitiques) relatives à l'amélioration du dispositif juridique pour la protection des lanceurs d'alerte en France. La traduction est envisagée ici au sens d'Akrich, Callon et Latour (1988, 2006) :« La notion de traduction conduit à celle de réseaux de traduction, qui désigne à la fois un processus (celui des traductions qui s'enchevêtrent) et un résultat (celui toujours provisoire des équivalences réussies) : les réseaux de traduction sont des assemblages hétérogènes, également appelés réseaux sociotechniques » (Akrich, Callon et Latour, 2006, p. 235). Nous retenons, par rapport aux travaux de ces auteurs, cinq phases dans la chaîne de traduction : le contexte, la problématisation, l'intéressement, l'enrôlement et la mobilisation.

Le contexte, adapté à notre modèle, permet de repérer en amont les participants légitimes qui seront impliqués dans le processus de traduction de l'alerte sanitaire afin de définir les modalités pour la protection de celui ou celle qui aurait révélé les dangers pour la santé publique. Il permet également de définir leurs enjeux, intérêts et objectifs. Trois types d'acteurs seraient engagés dans ce processus : l'auteur à l'origine de l'alerte, qui garde son autonomie ; son porte-parole et/ou le relayeur de l'alerte, qui pourrait être l'Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA), qui constitue ici une suggestion originale ; les participants à la démocratie sanitaire (notre troisième proposition). Nous développerons bien sûr ces propositions dans cet article.

La problématisation renvoie, au sens de notre modèle, à la manière suivant laquelle le lanceur d'alerte, remplissant un certain nombre de conditions morales et éthiques (être de bonne foi, être désintéressé, ne pas nuire et mener une démarche authentique et transparente), formule un problème de santé publique pour lequel il cherche à alerter[668]les pouvoirs publics et le grand public dans un contexte de risque donné.

---

668 On peut distinguer deux types d'alerte, comme le fait observerMoliner-Dubost (2013), « Les lanceurs d'alerte dans le domaine de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement* : « L'alerte donnée lorsque le risque est réalisé ou sur le point de l'être et qu'il faut gérer l'évènement. Le second type d'alerte est d'essence préventive. Il s'agit d'une alerte précoce sur un danger potentiel en vue d'éviter que le risque ne se concrétise, avec une possibilité qu'il soit purement virtuel. L'alerte apparaît ici comme le corollaire des principes de prévention et de précaution, l'incertitude n'affectant pas l'occurrence mais l'existence même du risque. L'alerte n'est par hypothèse pas institutionnalisée, elle est dite externe, informelle ou encore citoyenne car elle implique toute personne (salarié, scientifique, agriculteur, apiculteur…), et plus largement la société civile qui perçoit et révèle un symptôme supposé ou le signe précurseur d'un problème potentiel ou d'un risque environnemental éventuel ».

L'intéressement représente, ici, l'ensemble des actions par lesquelles le lanceur d'alerte et l'Agence nationale de gestion de l'alerte proposée cherchent à stabiliser ou intéresser les acteurs sociopolitiques pour partager le signal d'alerte. « Un intéressement réussi confirme la validité de la problématisation, qui dans le cas contraire se trouve réfutée ».(Chebbi, Fayolle et Lamine, 2014).

L'enrôlement, dans notre modèle, renvoie au mécanisme d'attribution des rôles aux acteurs, c'est-à-dire aux participants légitimes qui vont débattre autour de l'alerte pour atteindre un compromis. L'intéressement est réussi si ces participants acceptent leurs rôles.

La mobilisation « est la convocation progressive d'acteurs qui s'allient et font masse pour rendre crédibles et indiscutables une proposition, un projet ou une innovation » (Chebbi, Fayolle et Lamine, 2014). La crédibilité, dans notre modèle, porte sur l'aboutissement de l'alerte donnée par le lanceur d'alerte. Selon Law (1985), cité par ces auteurs, cette mobilisation, au-delà du système d'alliances qu'elle constitue, emporte aussi une réalité physique, qui se matérialise par toute une série de déplacements.

L'architecture des mécanismes sociopolitiques (nos propositions de recherche) qui s'imbriquent dans les phases de la chaîne de traduction s'organise de la manière suivante :

- Le premier mécanisme ou la proposition 1 (M1) concerne la création d'une Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA).

Dans notre hypothèse, cette agence cherche à promouvoir la culture de l'alerte au niveau individuel, de l'entreprise, du secteur d'activité et sur le plan national. Elle est le porte-parole des lanceurs d'alerte dans les domaines de la santé publique. Elle aura pour fonction de recevoir et de relayer les alertes émises par les lanceurs d'alerte. Par ce biais, elle devient leur confort, leur protectrice et leur accompagnatrice. Autrement dit,cette agence incarne le terreau au sein duquel les lanceurs d'alerte s'épanouissent et expriment au mieux leurs récits, qui seront ensuite débattus dans les forums hybrides de la démocratie sanitaire. Nous ne sommes pas les seuls à faire une telle proposition sur la création d'une agence impliquée dans le traitement de l'alerte.

Nous pouvons ainsi faire quelques analogies avec le projet qui fut porté par laFondation Sciences Citoyennes[669], ou encore avec la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement, chargée de

---

669 La Fondation Sciences Citoyennes est une association loi 1901, créée en 2002. Elle a pour objectif de favoriser et prolonger le mouvement actuel de réappropriation citoyenne et démocratique de la science, afin de la mettre au service du bien commun. Elle fait un double pari. Le premier est de réunir des chercheurs scientifiques critiques et des "profanes" engagés dans des luttes (sociales, médicales, environnementales) où ils rencontrent – voire contestent – la technoscience dominante et l'expertise officielle. Le second est d'unir, dans une réflexion et une action transversale de "politisation" de la science et de l'expertise, des acteurs impliqués dans des secteurs souvent compartimentés (agriculture, énergie, bio-médical, santé environnementale, NTIC, brevetage, etc.). (http://science-societe.fr/fondation-sciences-citoyennes/). Voir en annexe l'interview de Glen Millot, coordinateur de l'association, qui explique qu'à présent la Fondation Sciences Citoyennes appuie le rôle du Défenseur des droits, alors qu'auparavant elle souhaitait une autorité indépendante spécifique sur l'alerte.

veiller aux règles déontologiques s'appliquant à l'expertise scientifique et technique et aux procédures d'enregistrement des alertes en matière de santé publique et d'environnement, instituée par la loi du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement. Marie – Christine Blandine, selon Olivier Leclerc (2017), avait œuvré, par le dépôt d'un amendement, à ce que la perspective de la création d'une « instance propre à assurer la protection de l'alerte et de l'expertise » soit inscrite dans la loi Grenelle I. Le député Yann Galut avait également déposé une proposition de loi relative à la protection globale des lanceurs d'alerte, laquelle, dans son article 9, prônait la mise en place d'une autorité administrative indépendante, l'Agence nationale de l'alerte. Notons que cette proposition de création d'une telle agence émane de l'analyse critique que nous avons faite de la loi Sapin 2, notamment sur la manière dont elle envisage la relation entre l'Agence française anti-corruption (AFA), qu'elle a créée dans son article 1, et la protection des lanceurs d'alerte. En effet, nous constatons que cette relation est davantage tournée vers les perspectives de répression et de prévention et que l'article 8 n'autorise pas l'AFA à recueillir et à traiter les alertes.

- La deuxième proposition concerne la remobilisation de la notion de démocratie technique.

Cette proposition se fonde sur « l'ouverture des débats et controverses suscitées par la course en avant des sciences et des techniques » (Callon, Lascoumes, Barthe, 2001, p.23-24). Dans la perspective de notre travail de recherche, la « démocratie technique » renvoie à l'engagement, par la parole du lanceur d'alerte dans l'espace public, de révéler un danger pesant sur la santé publique. Ce discours a pour corollaire d'ouvrir la voie aux débats et à la controverse dans la société ». Le discours et les représentations du lanceur d'alerte, relayés (démocratie technique déléguée) par l'Agence nationale de gestion de l'alerte, sont appréhendés comme la clé de compréhension en fonction de laquelle les participants à la démocratie sanitaire vont reconstituer les faits porteurs de dangers pesant sur la santé publique et attribuer les différentes formes de protection selon les contextes.

- La troisième proposition concerne l'adaptation de la notion de démocratie sanitaire au droit d'alerte.

La loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (*Journal officiel*, 2002), inscrit officiellement la démocratie sanitaire dans le fonctionnement du système de soins français. Elle instaure une participation élargie des citoyens aux décisions, accorde beaucoup de place au renforcement des droits des malades et traite aussi de la prise en charge par l'État des conséquences des aléas thérapeutiques.(Letourmy, Naïditch 2009). Nous faisons un autre usage de la notion de « démocratie sanitaire ». Nous la positionnons par rapport aux droits des lanceurs d'alerte, et plus précisément au pouvoir qui leur serait accordé dans les actes de signalement, pour mettre fin aux comportements ou pratiques illicites et illégitimes dans les domaines de la santé publique. Il s'agit également de prendre en compte leurs revendications et leurs révélations dans le cadre des débats à mener, nécessairement, pour donner une substance à cette « démocratie

sanitaire ». L'un des buts des participants de ces débats serait ainsi, par des mécanismes de coopération et de négociation, d'attribuer une valeur à l'alerte donnée et de dégager les différentes modalités de protection du lanceur d'alerte selon les contextes.

L'article présente tout d'abord le contexte de la recherche autour des affaires de scandales sanitaires, puis expose la problématique de l'amélioration du dispositif juridique de la protection des lanceurs d'alerte en France, avant d'exposer en profondeur nos trois propositions. L'article présente ensuite le cadre méthodologique ayant servi, via l'exploration des différents textes juridiques à partir d'études multi cas, à construire un modèle de traduction par *hétéronomie*. Celui-ci décrit et explique le processus d'intéressement d'acteurs qui coopérèrent pour atteindre un compromis autour de l'alerte sanitaire et pour définir les formes de protection de l'auteur à l'origine de cette alerte. L'article discute également les deux régimes, juridique et sociopolitique, qui caractérisent le modèle de traduction par *hétéronomie*.

2. Contexte de la recherche

Antoine Deltour, Stéphanie Gibaud, Nathalie Le Roy ou Irène Frachon, nombreux sont ceux qui, connus ou anonymes, se sont élevés au cours de ces dernières années pour dénoncer des scandales dans notre pays. Dans le domaine de la finance, de la santé, de l'environnement ou de la justice, les lanceurs d'alerte lèvent chaque jour le voile sur des crimes, délits, menaces ou préjudices pour l'intérêt de tous. Dans nombre d'affaires retentissantes (LuxLeaks, Mediator, Panama Papers, etc.), ils ont porté à notre connaissance des faits qui ont permis de mettre un terme à des pratiques dangereuses et répréhensibles et ont indiscutablement fait progresser le débat public. (Yann Galut, député PS du Cher)[670]. Plus concrètement, dans les domaines de la santé, les scandales à répétition (Bisphénol A, éthers de glycol, aspartame, affaire du sang contaminé, affaire du Médiator, affaire des prothèses mammaires de marque PIP, dioxine, etc.), relayés par de nombreux débats médiatiques posent une question à la capacité de l'État à agir, et amènent à réfléchir sur les nouvelles pistes pour renforcer le droit des lanceurs d'alerte au regard du rôle qu'ils jouent dans la révélation des fraudes ou d'autres infractions pénales à l'origine de ces scandales. « Par exemple, les études et l'alerte de la pneumologue Irène Frachon ont permis en 2009 le retrait du Médiator, antidiabétique utilisé comme coupe-faim ayant causé la mort de 500 à 2 000 personnes selon différents rapports, et la révélation de l'affaire au grand public un an plus tard ». (Benaiche, 2014).

Dans un rapport définitif sur le médiator publié en janvier 2011 par l'inspection générale des affaires sociales, il est établi que « le déroulement des événements relatés dans ce rapport est très largement lié au comportement et à la stratégie des laboratoires Servier qui, pendant 35 ans, sont intervenus sans relâche auprès des acteurs de la chaîne du médicament pour pouvoir poursuivre la commercialisation du MEDIATOR® et pour en

[670]https://humanite.fr/quelles-protections-doit-garantir-aux-lanceurs-dalerte

3. Problématisation de la protection des lanceurs d'alerte

La protection des lanceurs d'alerte en matière de risques graves pour la santé publique et l'environnement a fait l'objet de deux lois, en 2011 puis en 2013 » (Conseil d'Etat, 2016, p.33 cité par Olivier Leclerc, 2017). La loi n° 2016 – 1691 du 9 décembre 2016 (dite Loi Sapin 2), en abrogeant certaines dispositions, propose une nouvelle disposition législative et réglementaire, unifiée pour la protection du lanceur d'alerte. Cette loi « consacre l'émergence française d'une culture de l'alerte en entreprise. Certes, des mécanismes de signalement existaient déjà en droit français, qu'il s'agisse des obligations de dénonciation en matière pénale ou des dispositifs spécifiques en matière de travail, de renseignements, de sécurité sanitaire, de santé et d'environnement. Un tel éparpillement ayant conduit à dénoncer le manque de cohérence, le Conseil d'État avait souligné la nécessité d'une définition commune afin de renforcer l'efficacité des dispositifs sectoriels d'alerte. C'est chose faite avec la loi Sapin 2 » (Clarisse LE CORRE, avocate au Barreau de Paris, Cabinet Vigo, *Revue Lamy droit des affaires*, p.25, 2017). L'article 6 de la loi Sapin 2 définit le lanceur d'alerte comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre ».

La loi Sapin 2 semble avoir renforcé la protection des lanceurs d'alerte dans tous les domaines. Mais bien qu'elle pose un socle commun pour tous les lanceurs d'alerte, des observations critiques peuvent être formulées.

Ainsi, dans son article 1, elle crée l'Agence française anti corruption (AFA), qui reste sous la double tutelle des ministères de la Justice et de l'Économie, ce qui restreint par définition l'indépendance de cette agence. L'article 8 de la loi Sapin 2 restreint d'ailleurs le pouvoir de cette agence puisque les signalements d'alerte ne lui sont pas adressés. Selon cet article,*« Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public* ». Force est de constater que la loi n'explicite pas la protection des lanceurs d'alerte dans les domaines de la santé publique et de l'environnement. Pour le dire autrement, cette loi se focalise plutôt

sur les alertes concernant les comportements illicites (dénonciation de pratiques de corruption par exemple) et non sur les alertes portant sur des risques pour la santé publique et l'environnement.

La loi Sapin 2 ne fait pas référence au dispositif de pharmacovigilance[676] pour le signalement des médicaments à risques. Elle ne dit presque rien sur les questions relatives à la déontologie en ce qui concerne l'évolution des connaissances, des règles et des attentes de la société en matière de sécurité médicamenteuse. Notons encore que cette loi ne mentionne pas des mesures sur l'utilisation des autorisations de mise sur le marché des médicaments (AMM) en dehors de leur périmètre d'évaluation. Sur ces points, elle ne donne pas d'indications précises, spécifiques et reste générale, avec une forte orientation dans les domaines monétaire et financier[677] ; elle reste donc floue sur les enjeux sanitaires. Par exemple, dans son article 18 modifiant le Code pénal, préconisant « une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la personne morale à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la personne morale exerce son activité », aucune mention n'est clairement faite à une possible cartographie des risques sanitaires. Des efforts spécifiques sont donc à fournir en matière d'environnement et de santé pour la protection des lanceurs d'alerte à l'échelle nationale. L'arrêt Cicolella[678] du 11

---

676 La pharmacovigilance est la surveillance des médicaments et la prévention du risque d'effets indésirables résultant de leur utilisation, que ce risque soit potentiel ou avéré. Elle repose sur le recueil basé sur la notification spontanée des effets indésirables par les professionnels de santé, les patients et associations agréées de patients et les industriels avec l'appui du réseau des 31 centres régionaux de pharmacovigilance ; l'enregistrement et l'évaluation de ces informations ; la mise en place d'enquêtes ou d'études pour analyser les risques, la participation à la mise en place et au suivi des plans de gestion des risques ; l'appréciation du profil de sécurité d'emploi du médicament en fonction des données recueillies ; la prise de mesures correctives (précautions ou restriction d'emploi, contre-indications, voire retrait du produit) et la communication vers les professionnels de santé et le public ; la communication et la diffusion de toute information relative à la sécurité d'emploi du médicament ; la participation à la politique de santé publique de lutte contre la iatrogénie médicamenteuse.(http://ansm.sante.fr/Declarer-un-effet-indesirable/Pharmacovigilance/Organisation-de-la-pharmacovigilance-nationale/(offset)).

677 « Art. L. 634-1.-L'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution mettent en place des procédures permettant que leur soit signalé tout manquement aux obligations définies par les règlements européens et par le présent Code ou le règlement général de l'Autorité des marchés financiers et dont la surveillance est assurée par l'une ou l'autre de ces autorités. « Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, pour ce qui concerne cette autorité, et un arrêté du ministre chargé de l'économie, pour ce qui concerne l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, fixent les modalités d'application du présent chapitre. »

678 Dans cette affaire, A. Cicolella, salarié de l'INRS, avait pour tâche d'évaluer les risques liés aux produits chimiques. Alors que des divergences croissantes l'opposaient à sa direction quant aux risques des éthers de glycol, il organisa un colloque international où devaient être divulgués, synthétisés et analysés des résultats concernant la toxicité de ces substances – résultats que sa direction mettait en doute. Il fut licencié pour « refus d'obéissance », « insubordination délibérée et réitérée incompatible avec le fonctionnement normal d'une entreprise » et avec sa « qualité d'ingénieur soumis à l'autorité hiérarchique ». Le chercheur contesta cette mesure en justice sur le fondement d'une entrave à sa liberté d'expression. En appel, la cour de Nancy affirma la qualité de chercheur d'A. Cicolella, du simple fait qu'il était « responsable scientifique » du « projet éthers de glycol ». Elle en tira que, « malgré l'existence d'un rapport de subordination inhérent à tout contrat de travail, l'employeur devait [...] exercer son pouvoir hiérarchique dans des limites compatibles avec

octobre 2000, « aboutissant » à la loi du 16 Avril 2013 ou encore la loi Bertrand du 29 décembre 2011 ont posé des jalons, qu'il faudrait sans doute continuer à exploiter, à enrichir dans le domaine de la santé et de l'environnement.

En effet, « le domaine de la santé est un terreau fertile au développement du mécanisme d'alerte déclenchée à de multiples reprises ces vingt dernières années afin de dénoncer risques ou survenues d'accidents sanitaires et qui ont pu témoigner d'une certaine insuffisance du droit en la matière pour protéger les lanceurs d'alerte mais également traiter les crises suscitées » (Le Gal – Fontès, 2016, p.55, in Marie-Christine Sordino (dir), 2016).

C'est précisément pour palier cette insuffisance du droit d'alerte dans le domaine de la santé publique, que cette recherche traite de la question suivante :
Comment améliorer et garantir l'effectivité du droit d'alerte en matière de santé publique afin de protéger en amont et en aval les lanceurs d'alerte en France ?[679]

4. Les propositions de recherche pour les améliorations du dispositif juridique pour la protection des lanceurs d'alerte en France

- Les hypothèses d'exploration de la problématique d'amélioration du dispositif pour la protection des lanceurs d'alerte

Les réponses à cette question partent de l'hypothèse que, lorsqu'ils signalent les dangers qui ne se sont pas encore réalisés sur la santé publique, les lanceurs d'alerte sont exposés à des poursuites juridiques, et parfois subissent des contre-attaques sous d'autres formes de la part de ceux qui sont à l'origine de ces dangers. La deuxième hypothèse stipule que, bien que « dans le domaine de la santé, l'impératif de qualité et donc de sécurité des personnes s'est certes exprimé par la mise en œuvre de réglementations concernant les produits de santé ou les prestataires de services »[680], ou encore les industriels, le lanceur d'alerte est un acteur majeur qu'il faudrait sans doute intégrer pour renforcer la sécurité sanitaire. Pour le dire autrement, les lanceurs d'alerte méritent d'être suffisamment protégés parce qu'ils représentent les instruments incontournables de la bonne gouvernance dans le domaine de la santé. La troisième hypothèse stipule que la juridiction pour la protection des lanceurs d'alerte dans le domaine de la santé doit être repensée. En effet, la loi Sapin 2 telle qu'elle se présente aujourd'hui, n'offre pas de mécanismes suffisamment pertinents pour protéger «les lanceurs d'alerte qui ont, au cours des cinquante dernières années, contribué à une meilleure information des institutions et des citoyens et à la sauvegarde de vies humaines, du patrimoine, des biens et ressources publiques, renforçant ainsi la responsabilité et la gouvernance citoyennes et

---

la nature des responsabilités confiées à l'intéressé et dans le respect de l'indépendance due aux professionnels de la santé au travail », ce que confirma la Cour de cassation. (Noiville et Hermitte, 2006).

[679] Nous n'avons pas la prétention de suppléer le législateur. Notre démarche consiste à proposer des pistes dans le cadre d'un modèle détaillé dans la suite de nos propos.

[680] Claude Evin (2002), p.208.

démocratiques ». (député Yann Galut, 2016)). Les lanceurs d'alerte sont donc les vecteurs de lutte contre les crises sanitaires ou pour contrebalancer, la superpuissance de certains industriels dans la pharma ou milieux souvent à l'origine de ces crises. Force est de constater qu'il existe, selon Leclerc (2017), deux cadres conceptuels, très hétérogènes, pour appréhender la notion de lanceur d'alerte : un cadre développé au sein des sciences sociales, et un autre, plus ancien orienté vers le « whistleblower » forgé dans le droit des pays de *common law*[681]. Cette recherche s'oriente dès lors vers la conceptualisation propre aux sciences sociales, en inscrivant l'alerte dans la perspective de la controverse plutôt que dans la simple libération de la parole. C'est ainsi que nous proposons une conceptualisation de la protection des lanceurs d'alerte reposant sur trois propositions principales.

- Vers la structuration de nos propositions sociopolitiques pour la protection des lanceurs d'alerte en France

La première proposition concerne donc la création d'une Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA). Elle sera indépendante et aura pour mission de couvrir pleinement, en amont et en aval, les lanceurs d'alerte qui signalent les risques dans le domaine de la santé publique. Une telle agence pourrait recueillir, garantir la confidentialité ou l'anonymat des alertes internes et externes à l'entreprise, mener ses propres enquêtes au sujet des alertes portées à sa connaissance et traiter précocement les alertes sanitaires qui remplissent les conditions. Dans notre conception des choses, l'ANGA constitue un réconfort pour le lanceur d'alerte, qui lui permettrait de déployer une stratégie de résistance contre les auteurs des faits ou des actions de danger grave ou immédiat dont il aurait eu la ténacité de signaler. Yann Galut (2016), a fait aussi une proposition de création d'une agence nationale de gestion de l'alerte[682]. Dans l'article 3 qu'il propose, il suggère que, le signalement soit préalablement effectué par voie interne, ou auprès de l'Agence nationale de l'alerte, ou auprès d'une autorité administrative ou judiciaire, ou auprès d'un parlementaire, et si ces voies se sont avérées vaines, ou en cas de danger grave et immédiat, une révélation, publique, est adressée à la société civile ou aux médias.

La deuxième proposition consiste à promouvoir le système d'incitation à l'alerte sanitaire articulé autour de l'expression « démocratie technique » (Callon, 1999 ; Callon, Lascoumes, Barthe, 2001), qui a été forgée postérieurement en France pour rendre compte de ce mouvement de démocratisation de la parole sur la science. Les manifestations concrètes en sont nombreuses, que ce soit la création d'organes d'expertise indépendants, le développement de formes de participation au débat public, ou à la décision publique, la

---

681 Selon Marie – Christine Sordino, le « whistleblower dénonce des pratiques déjà existantes, qu'il connait et qu'il a le plus souvent lui-même expérimentées, le lanceur d'alerte annonce et prévoit des dangers futurs grâce à son interprétation de signaux précurseurs. Pas nécessairement empreinte de morale initialement, son action se démarque de celle du whistleblower, car elle participe d'une objectivation. Il peut donc être l'annonciateur d'une catastrophe imminente. Alors comme le parrèsiaste, il n'est pas toujours apprécié par le groupe social ».

682 Selon Yann Galut, l'Agence nationale de l'alerte demande des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant elle, l'autorise à procéder à toutes vérifications ou enquêtes et à recueillir toute information qui lui apparaît nécessaire sans que son caractère secret ou confidentiel puisse lui être opposé.

création d'agences en charge de l'expertise dans les domaines de la santé et de l'environnement » (Leclerc, 2017, p.13).

Cependant, ces deux mécanismes ne paraissent pas suffire à garantir scientifiquement et juridiquement la protection du lanceur d'alerte en France, car « les risques pour lui, en Europe, sont importants : ils sont économiques (licenciements, fin de contrat) voire pénaux (avec des amendes pour celui qui par exemple aurait diffamé)[683]. C'est pourquoi, nous proposons un troisième mécanisme pour consolider l'effectivité de la protection des lanceurs d'alerte, en mobilisant la notion de « démocratie sanitaire ». En effet, la « démocratie sanitaire » a été consacrée par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Déjà en germe dans des textes antérieurs, son affirmation dans la loi est le prolongement des états généraux de la santé qui, tenus à la suite de plusieurs scandales touchant le domaine de la santé, ont, en quelque sorte, libéré la parole du mouvement associatif. (Brisson, 2014, p.7, *in* : Cécile Castaing (dir.), *La démocratie sanitaire : mythe ou réalité ?*). Force est de constater que, dans l'optique de notre travail de recherche, la « démocratie sanitaire » renvoie au modèle interactif[684]ouvert, qui met en exergue plusieurs acteurs pour construire l'action publique, laquelle attribuerait une valeur à l'alerte émise. Ce modèle interactif pourrait être analysé à partir de plusieurs variables :

V1. Les acteurs que sont les participants impliqués.

V2. Le forum hybride : un espace social de débat, de négociation ou de coopération entre une multitude d'acteurs privés et publics.

V3. Les cadres d'actions (les normes, les règles et les procédures qui orientent les interactions).

V4. Les processus (mobilisations des acteurs et leurs dynamiques d'échange et d'évolution dans le temps).

V5. Les représentations (cadres cognitifs et normatifs qui donnent un sens aux actions, relations entre acteurs et valeurs).

V6. Les résultats (effets produits sur les comportements d'une part, les conséquences de l'action publique dans le cadre d'une véritable démocratie sanitaire d'autre part).

L'articulation de toutes ces variables permet d'atteindre un compromis, c'est-à-dire de résoudre le problème posé par l'alerte au nom de l'intérêt général. Nous utilisons le même modèle interactif pour conceptualiser la « démocratie technique », dans une échelle plus restreinte, que nous appelons modèle interactif fermé.

---

683 Malo Depincé , in :Marie-Christine Sordino, 2016, p.72

684 Nous nous sommes inspirés du modèle interactif expliquant et décrivant l'action publique développé par Pierre Lascoumes et Patrick Le Gales, pour conceptualiser la démocratie sanitaire, dans leur ouvrage intitulé « Sociologie de l'action publique, aux Arnand Colin, 2012, p.15-16. Les modèles présentés dans les schémas 1 (p.21) et 2 (p.22) sont également inspirés de ce modèle.

Nous proposons ces trois mécanismes (M1,M2 et M3) pour anticiper les risques d'étouffement ou la mise de côté (silence[685] des autorités publiques par exemple) des alertes sanitaires. La cohérence de tous ces mécanismes réunis constitue ce que nous appellerons ici la « force des choses ». La valeur à donner à l'alerte sanitaire dépend de la perspicacité de cette « force des choses », qui se manifeste dans le débat au sein des forums hybrides dans le cadre de la « démocratie sanitaire ». Cependant, une question se pose au sujet de cette « force des choses » qui régule nos propositions. De quelle manière allons-nous procéder pour la structurer ?

La partie qui suit propose une technique simple d'exploration des textes juridiques existant afin de construire les cadres d'actions qui alimenteront nos propositions, organisées autour de la « force des choses ». Tel est l'objet du cadre méthodologique de recherche que nous allons à présent exposer. Rappelons tout de même que l'objectif de notre recherche est de construire un modèle pertinent, combinant à la fois les éléments juridiques (cadres d'actions obtenus en explorant les lois déjà existantes) et sociopolitiques (M1, M2 et M3) pour la protection des lanceurs d'alerte en France.

5. Cadre méthodologique de la recherche

Le modèle indiqué dans le schéma 1 (études multi cas) représente la technique de l'agencement des dispositions juridiques et des propositions sociopolitiques que nous utilisons pour construire un modèle de la traduction par *hétéronomie* pour la protection des lanceurs d'alerte en France[686]. Il s'agit d'une technique qui comporte quatre opérations assimilées à des études multi cas enchâssées dans les propositions sociopolitiques.

La première étude de cas est une exploration des textes juridiques sectoriels qui ont émergé dans le domaine de la santé publique (la loi Bertrand du 29 décembre 2011 et la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013). La deuxième opération est une étude de cas qui vise à analyser les articles de la loi Sapin 2 et les publications en lien avec cette loi. La troisième étude de cas explore la proposition de loi relative à la protection globale des lanceurs d'alerte présentée par le député Yann Galut à l'Assemblée nationale. La quatrième étude de cas concerne l'exploitation des articles dans le Code de la santé publique. Notre démarche consiste essentiellement à explorer les apports et limites de ces dispositions juridiques, afin

---

685 La principale explication longtemps donnée à ce silence se fonde alors sur une théorie du complot qui en impute la responsabilité à l'action de groupes industriels du secteur. En 1996, deux livres paraissent à quelques mois d'intervalle, écrits par des journalistes :*L'affaire de l'amiante*et *Le dossier de l'air contaminé* proposent des lectures assez proches du problème. Ils dénoncent en particulier comme artisan principal de l'étouffement du scandale le Comité permanent amiante. Cette structure rassemblait, jusqu'à sa dissolution en 1995, des représentants des industries utilisatrices ou transformatrices d'amiante, des organisations syndicales, des organismes chargés de la prévention du risque professionnel et de certains ministères. Elle était pilotée par une société de communication financée directement par les industriels. (Henry, 2003).

686 Autrement dit, nous utilisons une technique de performativité qui s'opère par le truchement d'un réseau organisationnel composé par des éléments juridiques et sociopolitiques pour créer de la connaissance pour la protection des lanceurs d'alerte en France.

d'en dégager des pistes d'analyse pour enrichir notre modèle de la traduction par *hétéronomie*. Enfin, la dernière opération est une activité qui se résume à nos propres propositions, M1, M2 et M3, autour des éléments sociopolitiques. Nous entendons par *hétéronomie* « l'ensemble des activités spécialisées que les individus ont à accomplir comme des fonctions coordonnées de l'extérieur par une organisation préétablie » (Gorz 1988, p.49 cité par Spurk, 1998). Retenons que l'hétéronomie signifie une situation où les acteurs agissent selon des lois imposées par l'extérieur ; ils acceptent cette situation et s'en accommodent souvent. Il reste aussi le choix d'être libre ou serf, si souvent souligné par La Béotie.

L'hétéronomie s'installe si les acteurs ne cherchent plus les lois et les règles dans leur volonté mais dans les choses, s'ils se soumettent à la « force des choses », ce qui n'est rien d'autre qu'une servitude volontaire » (Spurk, 1998). La « force des choses » mise en avant au sein de notre technique méthodologique repose principalement sur l'agencement, la recherche de cohérence, la complémentarité, l'ajustement et le réajustement des éléments juridiques et sociopolitiques dans la production de connaissances utiles pour alimenter notre modèle.

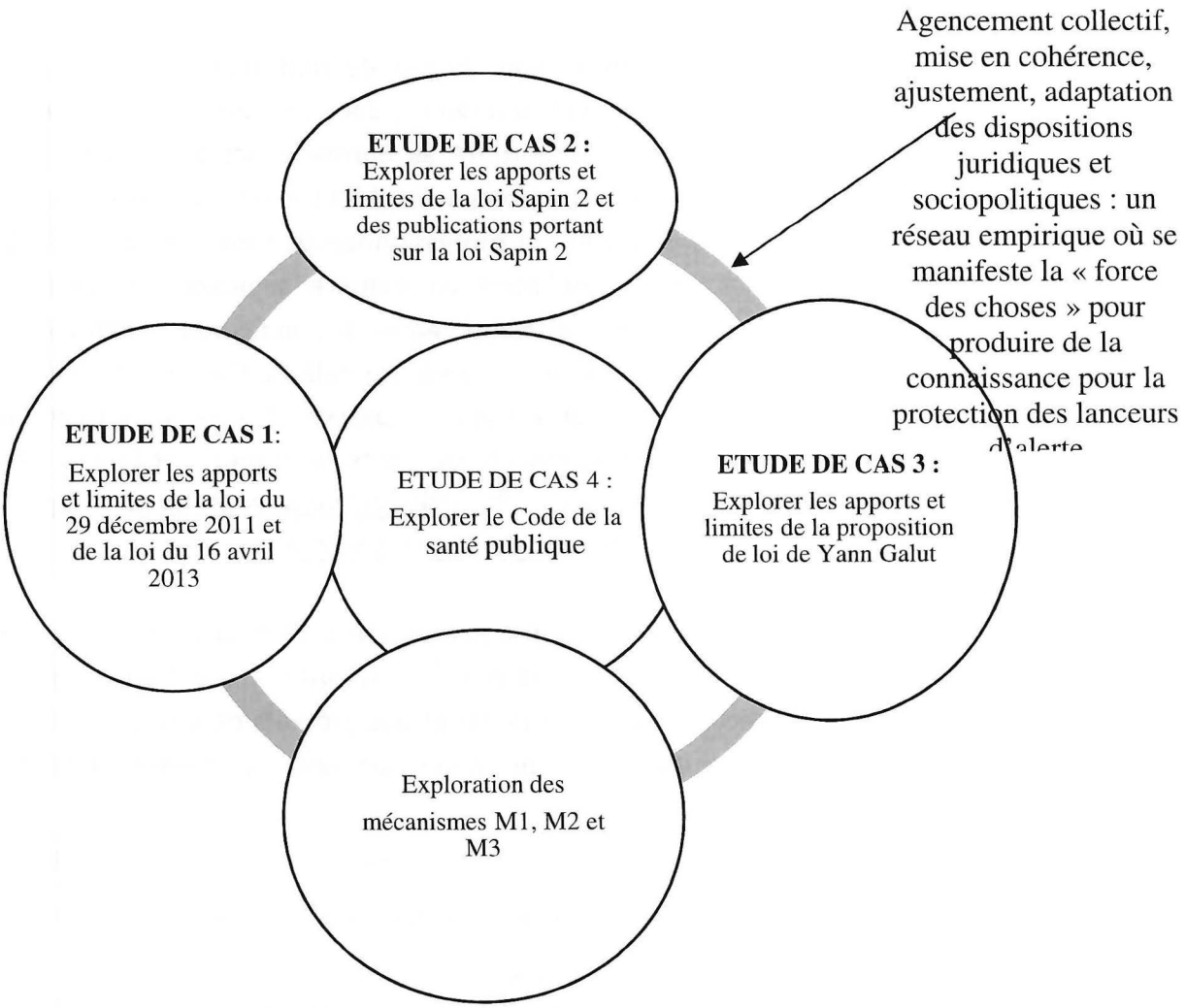


Schéma 1 :proposition d'une méthodologie exploratoire des dispositions juridiques et des mécanismes sociopolitiques pour la protection des lanceurs d'alerte par « débordement » des études de cas

6. La base du modèle de traduction par *hétéronomie* pour la protection des lanceurs d'alerte

Comme nous venons de le mentionner plus haut, le domaine de la santé a été encadré par deux lois sectorielles : la loi Bertrand du 29 décembre 2011 et la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte. Dans cette partie, nous revenons sur les apports et limites de ces dispositifs juridiques qui constituent pour notre recherche les pistes à explorer pour construire *un dispositif juridique performé*, que les acteurs prennent en compte dans leurs interactions au sein de notre modèle de la traduction par *hétéronomie*.

6.1. La loi Bertrand du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé

La loi Bertrand a été pensée dans le but de renforcer la sécurité sanitaire des médicaments et des produits de santé. Intervenue dans un climat tendu suite au scandale de l'affaire du Médiator, cette loi emprunte au Sunshine Act américain[687] un dispositif juridique innovant pour la France : le renforcement de la sécurité sanitaire, via la prévention des conflits d'intérêts entre industriels et professionnels de santé. Les pouvoirs publics ont entrepris d'endiguer les failles juridiques en matière sanitaire, en garantissant une transparence financière des liens existants entre les industriels commercialisant des produits de santé et les professionnels de santé. Au-delà de l'aspect financier, cette loi a vocation à certifier, au sein de la relation médecin/patient, d'une « impartialité médicale[688] » totale de l'ensemble des professionnels de santé, y compris celle des étudiants se destinant aux professions médicales [689]. (Https://www.lepetitjuriste.fr/droit-sante/loi-bertrand-et-loi-anti-cadeaux-les-dessous-de-la-transparence).

« Soupçonnée de négligence, par la justice, entre 1995 et 2009 dans la surveillance de la dangerosité potentielle du Médiator »[690], l'AFSSAPS a été transformée en ANSM (Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé) par la loi Bertrand du 29 décembre 2011. Le Médiator, un coupe-faim présenté comme antidiabétique et

---

687 Aux États-Unis, le Sunshine Act contraint l'État fédéral à communiquer les documents sur lesquels il s'appuie pour prendre ses décisions.

688 « L'impartialité médicale » est le fait qu'aucun médecin ne puisse avoir des intérêts à prescrire un médicament préférentiel

689 Art. L4113-6 al.1 du Code de la santé publique.

690 https://www.francetvinfo.fr/sante/affaires/affaire-mediator/mediator-l-agence-du-medicament-est-mise-en-examen-pour-homicides-et-blessures-involontaires.

distribué par les laboratoires Servier, aurait fait de 500 à 2 000 morts entre 1976 et 2009. *« Il y a deux aspects à cette loi. Tout d'abord elle est un signal que quelque chose a été fait, c'est un message envoyé à l'opinion publique que les choses sont prises en main. La France ne reste pas inactive face à des scandales comme le Médiator. De fait il y a eu des modifications de procédure et des éléments positifs comme l'instauration de la recommandation temporaire d'utilisation (RTU) ou la visite collective en milieu hospitalier. Cette dernière n'a toutefois pas été mise en œuvre, mais cela ne veut pas dire que ça n'a pas marché, juste que les hôpitaux n'en ont pas besoin. Mais de fait, les hôpitaux encadrent davantage les visites médicales* » (interview quatre ans après le scandale de médiator Bertrand de Volontat[691])

L'article de Cécile Le Gal – Fontès (paru *in* : « Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social ? » (dir.) de Marie-Christine Sordino, 2016), s'avère aussi pertinent pour appréhender certaines dispositions mentionnées dans cette loi en rapport avec la protection des lanceurs d'alerte. En effet, « la loi du 29 décembre 2011, intervenue dans un contexte de crise aigüe liée au retrait du médicament Médiator responsable de multiples valvulopathies du fait d'une prescription et utilisation massives en dehors de ses indications autorisées, représente une première étape fondatrice du droit d'alerte en santé même si les lanceurs d'alerte ne sont pas désignés en tant que tels puisque le dispositif de la loi ne définit pas cette notion mais évoque seulement le contexte d'alerte liée à une sécurité défaillante d'un produit ». (Cécile Le Gal – Fontès, p.57, *in* : Marie-Christine Sordino, 2016). Selon la même auteure, le champ d'application de ce texte est assez étroit puisque la loi n'envisage que les défaillances des produits de santé. Elle note aussi que la protection conférée aux lanceurs d'alerte est tout aussi étroite puisqu'elle reste limitée aux cas où ils seraient victimes de discrimination, même s'ils bénéficient en l'occurrence d'un renversement de la charge de la preuve de cette discrimination[692].

La loi aborde également les conditions de la détection et du traitement des alertes sanitaires en mettant l'accent sur la transparence des liens d'intérêts (L'article L.1451-1 du Code de la santé), ce qui peut être interprété comme une manière de lutter contre les liens d'intérêts qui s'expriment dans l'évaluation des produits. « En effet, il est aisé de comprendre que des liens d'intérêts avec l'industrie pharmaceutique puissent être de nature à faciliter la minimisation des signaux d'alerte... En effet une proximité trop grande du monde industriel avec la sphère de l'évaluation peut être préjudiciable à la qualité d'une

691 https://www.20minutes.fr/sante/1339681-20140401-loi-bertrand-porte-fruits

692 Comme le montre son article L. 5312-4-2, al.1 Code de la santé publique : « Aucune personne ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contact, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Toute disposition ou acte contraire est nul de plein droit ».

évaluation de médicaments et créer des risques de collusion » (Le Gal – Fontès, 2016, p. 59). Cette loi a favorisé aussi d'autres mesures telles que la mise en place d'un meilleur traitement des signaux d'alerte dans le cadre de la pharmacovigilance.

6.2. La loi n° 2013-316 du 16 avril 2013relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte

Cette loi s'organise en quatre grandes thématiques développées autour de 13 articles. La première thématique donne des indications pertinentes pour le droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement.

Même si elle ne mentionne pas l'appellation de lanceur d'alerte, tout au moins elle a le mérite d'expliciter et de nommer le risque grave sur la santé publique et sur l'environnement (article 1), contrairement à la loi Sapin 2. Selon l'article 1 de cette loi: « toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement. L'information qu'elle rend publique ou diffuse doit s'abstenir de toute imputation diffamatoire ou injurieuse ». Benaiche (2014) se montre critique vis-à-vis de cette loi parce qu'elle « ne précise pas la personne à alerter, ce qui pose de sérieuses difficultés et risque de laisser l'alerteur démuni, découragé.

La loi du 16 avril 2013 a aussi contribué à la mise en place (article 2) d'une commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement. Celle-ci a été chargée de veiller aux règles déontologiques s'appliquant à l'expertise scientifique et technique et aux procédures d'enregistrement des alertes en matière de santé publique et d'environnement. Néanmoins, cette commission n'était pas dotée des pouvoirs de mener ses propres activités d'expertise ou de recherche dans le domaine de la santé ou de l'environnement ou de tenir le registre des alertes transmises. Olivier Leclerc (2017) partage cet avis en affirmant, que « son efficacité ne pouvait passer que par l'existence de pouvoirs d'investigation réels pour cette commission nationale, ainsi que par son autonomie financière ». De son coté, Cécile Le Gal – Fontès, souligne qu'« en l'état actuel de notre analyse, cette commission n'a toujours pas été mise en place, alors même que le décret n°2014 – 1629 du 26 décembre 2014 pris pour son application en définit précisément la composition et le fonctionnement ».

L'article 4 de cette loi constitue l'un des points parmi ceux que nous cherchons à enrichir dans le cadre de notre modèle pour la protection des lanceurs d'alerte pour plusieurs raisons. En effet, la commission nationale peut se saisir d'office ou être saisie par le gouvernement, les associations de défense des consommateurs agréées, les associations de protection de l'environnement agréées, les organisations syndicales, l'organe national de

l'ordre d'une profession relevant des secteurs de la santé ou de l'environnement. Contrairement à cette loi qui stipule, dans son article 6, que les membres sont dépourvus du droit de vote et de délibération, les membres de l'Agence nationale de gestion de l'alerte- que nous proposons dans notre modèle - pourraient prendre part, sans restriction, aux travaux, aux délibérations et aux votes, dans le cadre de la démocratie sanitaire, telle que nous essayons de la théoriser dans ce travail. Toutefois, nous partageons l'idée qui fonde l'article 6 de cette loi, selon laquelle les membres qui collaborent occasionnellement aux travaux de la commission doivent être soumis à des règles de confidentialité, d'impartialité et d'indépendance dans l'exercice de leurs missions. Ils sont tenus d'établir, lors de leur entrée en fonction, une déclaration d'intérêts. Enfin, nous partageons tout à fait la philosophie des articles 11, 12 et 13 des titres IV et V portant sur diverses dispositions et sur la protection du lanceur d'alerte. Notre démarche consisterait plutôt à tenter de les enrichir.

6.3. La loi Sapin 2 et le rôle du Défenseur des droits : un enrichissement du modèle ?

Cette loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin 2 », comme le recommandait l'OCDE, a permis à la France de rattraper son retard en matière de lutte contre la corruption. Elle oblige légalement les entreprises d'une certaine taille à mettre en place un programme de compliance anti-corruption, dont l'exercice et l'efficacité sont contrôlés par la nouvelle Agence française anticorruption. Notons que la loi Sapin 2 a abrogé certaines dispositions de la loi du 16 avril 2013.

Publiée au *Journal officiel* le 10 décembre 2016, elle vient ratifier une ordonnance du 17 mars 2016 dont le but est d'adapter le droit français à deux textes européens (la directive du 16 avril 2014 et un règlement de la même date). Au regard de la loi du 13 avril 2013, la loi Sapin 2 a révolutionné la définition de la personne qui fait des signalements en la désignant clairement de lanceur d'alerte. Surtout, elle a introduit la condition d'« être désintéressé » dans ladite définition. Cette loi crée donc également, dans son article 1, l'Agence française anticorruption (AFA) dotée de plusieurs missions. Cette agence « est un service à compétence nationale, placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget, ayant pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme » (article 1 de la loi Sapin 2)[693]. L'AFA a substitué le Service central de prévention de la

[693] Il est mentionné dans l'article 3, que l'AFA : 1° Participe à la coordination administrative, centralise et diffuse les informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme - 2° Élaboré des recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme - 3° Contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et

corruption (SCPC). « La mise en place de cette agence répond aux constats de l'OCDE, mais aussi de la Commission européenne, selon lesquels la création de cette agence doit permettre de se doter d'un outil efficace de lutte contre la corruption, notamment en matière de transactions commerciales internationales » (Jean-Yves Trochon, table ronde, *Cahiers de droit de l'entreprise*, numéro 3, mai-juin 2016, p.11). Comme nous l'avons déjà mentionné, cette loi paraît ainsi beaucoup plus orientée vers la lutte contre la corruption, émane d'initiatives étrangères (OCDE et Commission européenne) et l'AFA n'est pas, au sens pratique, une agence administrative indépendante. À propos du lien entre lanceur d'alerte et l'AFA, la loi Sapin 2 n'est pas très précise. Force est de constater que cette agence se positionne beaucoup plus dans la perspective de la répression ou de la prévention du risque de corruption dans le cas d'une entreprise qui serait sur le mauvais chemin. Dans le domaine de la protection des lanceurs d'alerte, le lien est moins évident. C'est pourquoi, nous réconfortons notre hypothèse de création d'une agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA), pour agir explicitement dans une perspective de protection des lanceurs d'alerte.

Ce qu'il faut surtout retenir dans la loi Sapin 2, ce sont les deux dispositifs pour la mise en œuvre de la procédure d'alerte qu'elle a créés :

- Les sociétés de plus 50 salariés doivent mettre en place une procédure de recueil des signalements afin de protéger les lanceurs d'alerte.
- Les sociétés de plus de 500 salariés et les sociétés appartenant à un groupe de plus de 500 salariés, dont la société mère est française et réalisant plus de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires doivent mettre en place un dispositif d'alerte interne permettant de recueillir les signalements d'employés et de conduites non-conformes en matière de corruption et de trafic d'influence.

Par ailleurs, le rôle central joué par l'institution du Défenseur des droits, chargé « d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi, de veiller aux droits et libertés de cette personne », n'est pas forcément porté vers la protection des lanceurs d'alerte, ni vers l'efficacité. On se souvient en effet des

---

détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle contrôle également le respect des mesures mentionnées au II de l'article 17. - 4° Exerce les attributions prévues à l'article 17 de la présenteloi, à l'article 131-39-2 du Code pénal et aux articles 41-1-2 et 764-44 du Code de procédure pénale - 5° Veille, à la demande du Premier ministre, au respect de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, dans le cadre de l'exécution des décisions d'autorités étrangères imposant à une société dont le siège est situé sur le territoire français une obligation de se soumettre à une procédure de mise en conformité de ses procédures internes de prévention et de détection de la corruption ; - 6° Avise le procureur de la République compétent en application de l'article 43 du Code de procédure pénale des faits dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses missions et qui sont susceptibles de constituer un crime ou un délit. Lorsque ces faits sont susceptibles de relever de la compétence du procureur de la République financier en application des 1° à 8° de l'article 705 ou de l'article 705-1 du même Code, l'Agence française anticorruption en avise simultanément ce dernier. - 7° Élabore chaque année un rapport d'activité rendu public. Un décret en Conseil d'État précise les conditions d'application du présent article.

nombreuses critiques exprimées aux débuts de l'institution, comme celles de Jean-Louis Autin (2011). « « Monstre à cinq têtes », instance « fourre-tout » ou encore « cinq en un »... les qualificatifs ne manquent pas pour décrire la nouvelle autorité administrative qui fait polémique. Cette dernière est notamment confrontée aux critiques (...) qui dénoncent la dilution de contre-pouvoirs. (...) Les pouvoirs importants d'un tel défenseur des droits et la diversité des dossiers qui lui seront soumis appellent, a priori au scepticisme : les cent mille dossiers traités par les cinq AAI réunies seront alors à la charge du seul défenseur des droits. Entre la lutte contre les discriminations, la défense des droits des enfants, ou encore le respect de la déontologie... cela fait beaucoup. (...) C'est aussi la nomination du défenseur des droits qui pose la question de la légitimité de son large éventail de compétences et de son indépendance ; il est nommé par le président de la République. En principe, une autorité administrative devrait être indépendante du gouvernement, ses membres bénéficiant de garanties solides contre la pression que peut représenter le pouvoir politique. », commentait encore Manel Chibane (2011) lors de la création de l'institution, qui a notamment succédé au Défenseur des enfants et à la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE). Ajouter une nouvelle corde à son arc pour l'orientation, les droits et libertés des lanceurs d'alerte tend plutôt à confirmer la qualification de « fourre-tout » de cette institution qui a publié, en 2017, un guide pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte. Force est de constater que pour le moment, aucune affaire n'a vraiment mis en évidence le rôle protecteur des lanceurs d'alerte par le Défenseur des droits.

6.4. Vers l'innovation juridique et sociopolitique de l'alerte sanitaire : émergence d'un modèle de la traduction par *hétéronomie*

Dans notre approche, l'alerte sanitaire englobe l'ensemble des représentations, le discours et les pratiques fondés sur les valeurs éthiques et morales du lanceur d'alerte et de l'Agence nationale de gestion de l'alerte avec laquelle il dialogue et collabore. Cette alerte circule dans un processus d'innovation collective, qui peut la transformer en certitude. Autrement dit, cette innovation est un processus d'intéressement et d'enrôlement, au sens d'Akrich, Callon et Latour (1988), qui mobilise plusieurs acteurs en interaction et qui coordonnent leurs activités pour faire aboutir l'alerte. Nous distinguons *deux moments* dans ce processus qui s'appréhendent comme les chaînes de traduction, définies elles-mêmes comme des modèles interactifs en raison de plusieurs itérations dans les interactions entre participants.

Le moment où le lanceur d'alerte dialogue et collabore de façon répétitive avec l'Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA). Le dialogue et la collaboration s'arrêtent lorsque les informations sur les révélations sont saturées. Le but est de mieux cerner et de formaliser ces révélations par un processus interactif à partir de plusieurs itérations. Cette interaction est une « circularité informationnelle » entre le lanceur d'alerte et l'ANGA. En

effet, l'ANGA est le premier maillon qui reçoit les révélations concernant les faits de danger sur la santé publique. Elle a le pouvoir, dans notre modèle, d'entreprendre des enquêtes pour valider l'alerte. Ces enquêtes pourraient alors aboutir à la construction de ce que nous appelons *alerte primaire* ou *alerte admissible (*chaîne de traduction 1, appelée aussi modèle interactif fermé). Force est de constater que dans cette chaîne de traduction l'employeur (ou la firme ou tout autre type d'acteur ayant commis un acte au détriment de la santé publique) est aussi associé ou obligé à coopérer en tant qu'acteur enrôlé[694]dans la production ou l'invalidation de *l'alerte primaire.* Un des aspects du modèle interactif de *l'alerte primaire* est la confidentialité des auteurs de signalement, des personnes morales ou physiques visées et des informations recueillies. Le schéma 2 ci-après met en évidence les enchaînements du modèle interactif de l'*alerte primaire* (première composante de notre modèle de la traduction par *hétéronomie*).

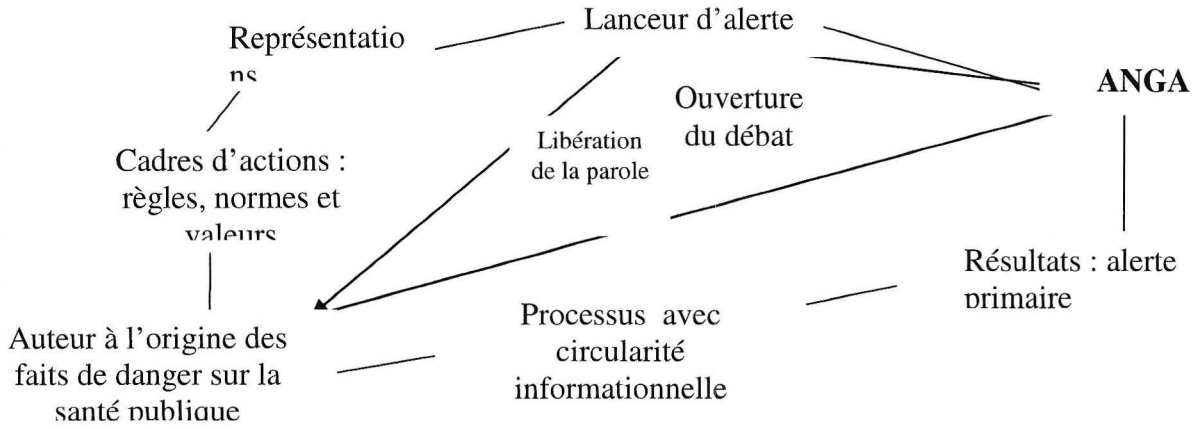


Schéma 2: la démocratie technique à l'œuvre dans le modèle interactif de l'alerte primaire (traduction 1)

Le moment où l'agence nationale de gestion de l'alerte va collaborer à son tour avec les autres acteurs sociopolitiques autour de *l'alerte primaire* (ce que nous appelons démocratie participative) dans un forum hybride pour construire *l'alerte secondaire* (ce que nous appelons démocratie délibérative). Ce moment est « un modèle interactif ouvert » appelé chaîne de traduction 2. Le schéma suivant indique son articulation entre les acteurs humains et non humains participant à la construction de l'action publique ayant pour corollaire l'aboutissement de l'alerte sanitaire.

Force est de constater que la chaîne de traduction 1 se focalise sur la notion de « démocratie technique », tandis que la chaîne de traduction 2 porte sur la « démocratie sanitaire » adaptée au lanceur d'alerte. Nous utilisons le terme d'*hétéronomie* pour designer la manière dont les participants à cette double chaîne de traduction se soumettent aux textes juridiques et aux rôles des autres acteurs pour atteindre un compromis, et par ce biais de faire aboutir l'alerte, lorsque le lanceur d'alerte satisfait aux conditions. La notion

694 Le lanceur d'alerte et l'Agence nationale de gestion de l'alerte sont quant à eux des acteurs enrôleurs dans cette traduction.

de « démocratie sanitaire » englobe ici tous les aspects présentés dans le schéma 3, y compris celle de la « démocratie technique ».

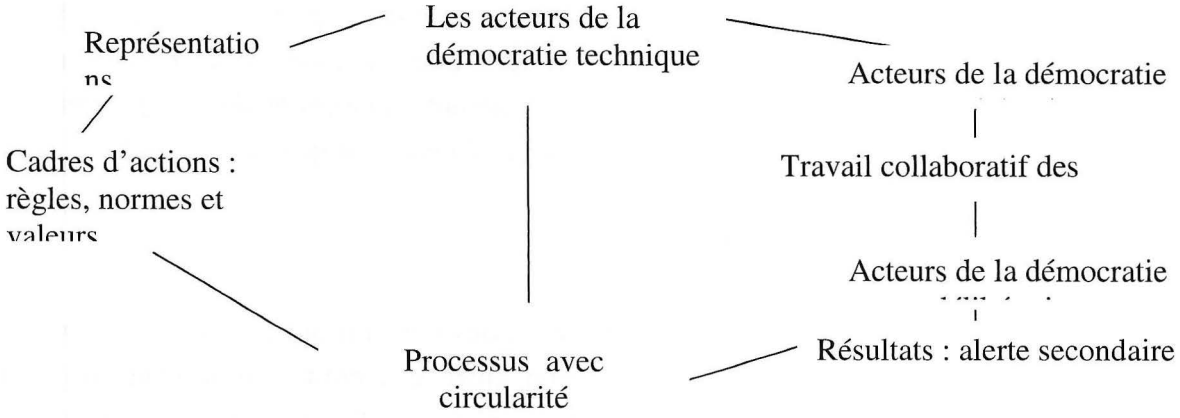


Schéma 3: la démocratie sanitaire à l'œuvre dans le modèle interactif de l'alerte secondaire (traduction 2)

7. Discussion

Cinq points sont discutés dans cette septième partie. Il s'agit tout d'abord de brosser les contours de notre modèle de la traduction par *hétéronomie* en le situant dans la perspective d'une approche de la performativité, puis d'interroger au regard de la loi Sapin 2, le *dispositif juridique performé* qui constitue sa pierre angulaire. Nous aborderons ensuite la manière dont les acteurs sociopolitiques instrumentalisent ce *dispositif juridique* pour performer l'alerte sanitaire. Nous présenterons également, par une approche comparative, la manière dont nous avons enrichi la conceptualisation des missions de l'Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA), qui est la proposition centrale qui guide notre travail. Enfin, nous porterons une attention particulière aux deux concepts sur lesquels se fonde notre modèle de performation de l'alerte sanitaire. L'*hétéronomie* et la « force des choses » sont les deux concepts fondamentaux qui nourrissent notre modèle. Nous proposons une analyse en losange pour montrer schématiquement l'articulation de ces deux concepts dans la performation de l'alerte sanitaire.

7.1 Situer le modèle de la traduction par *hétéronomie* dans la perspective d'une approche de la performativité

Dans cette approche, nous nous intéressons au scénario dans lequel cette agence pourrait collectivement participer à la performation de l'alerte et à la protection du lanceur d'alerte (qui remplit les conditions[695]) dans le forum hybride. Au sens de notre article, cette performation est le résultat d'une action collective menée par les différents participants qui coopèrent pour atteindre un compromis et pour attribuer une valeur au signal d'alerte émis par le lanceur d'alerte et relayé par l'agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA) dans le cadre de la démocratie sanitaire. Tandis que la performativité est un processus d'intéressement, où les acteurs mobilisés instrumentalisent le *dispositif juridique performé* pour construire un monde certain autour de l'alerte (ce que nous appelons compromis et aboutissement de l'alerte sanitaire).

Le dispositif, de quoi s'agit-il ?

Le dispositif est un agencement fixant, à des fins pratiques, les relations et les échanges d'énergie, d'information et de régulation entre des entités, lesquelles sont conduites à rendre des comptes à ceux qui contrôlent le dispositif. Forgée par Michel Foucault, la notion de dispositif a donné lieu à des usages contrastés, voire contradictoires, puisqu'elle peut être tirée vers l'idée de structure, vers celle de procédure, vers le cadre matériel dans lequel opèrent des acteurs, vers la notion d'*agency* ou encore vers l'environnement cognitif plus ou moins distribué, mobilisé par une action (Chateauraynaud et Debaz, 2017, p. 593). Barbot et Dodier ont critiqué les usages du concept de « dispositif » dans les sciences sociales contemporaines, en le redéfinissant dans une logique processuelle. Selon Barbot et Dodier, le dispositif est « un enchaînement préparé de séquences, destiné à qualifier ou transformer des états de choses par l'intermédiaire d'un agencement d'éléments matériels et langagiers »[696].

Nous présentons ici le modèle de la traduction par *hétéronomie* de l'alerte sanitaire et son *dispositif juridique performé et performatif* (voir le tableau n°1 ci-dessous). Ce modèle s'analyse au travers d'un réseau d'acteurs humains et non-humains, où sont agencés des éléments juridiques (*son dispositif performé et performatif*) et des mécanismes sociopolitiques qui performent (construisent) des actions collectives afin de faire aboutir l'alerte sanitaire et de garantir la protection des lanceurs d'alerte dans le domaine de la santé publique. Ce modèle permet également d'intégrer les revendications de tous les participants qui communiquent autour de l'alerte, dans le cadre de la « démocratie sanitaire », dans un lieu appelé forum hybride pour une durée déterminée. Le succès de la

---

695 Ces conditions sont : être de bonne foi, être désintéressé et mener une démarche authentique durant la controverse et le processus de traitement de l'alerte

696 (Barbot Janine et Nicolas Dodier, 2016, cités par Chateauraynaud Francis et Josquin Debaz, 2017, p.594)

performation de l'alerte sanitaire par les participants repose sur ce que nous appelons « la force des choses », c'est-à-dire leur pouvoir collectif de négociation, d'interprétation, d'intervention et de coopération dans la construction de l'action collective dans le processus d'intéressement et d'enrôlement des acteurs.

modèle de traduction par *hétéronomie* de l'alerte sanitaire
dans une perspective performative

	Dispositif juridique performé et performatif	Les acteurs sociopolitiques
Régime juridique	Cadre d'analyse avant exploration de :	modèle interactif fermé : démocratie technique
	la loi du 29 décembre 2011 et la loi du 16 avril 2013	L'acteur à l'origine des faits déviants
	la loi Sapin 2	Lanceur d'alerte et démocratie technique (M2)
	la proposition de loi du député Yann Galut	Agence nationale de gestion de l'alerte (M1)
Régime sociopolitique	Cadres d'actions après exploration de :	modèle interactif ouvert : démocratie sanitaire
	la loi du 29 décembre 2011 revisitée	Démocratie technique Démocratie participative Travail collaboratif des experts Démocratie délibérative → *Démocratie technique (M3)*
	la loi du 16 avril 2013 revisitée	
	la loi Sapin 2 revisitée	

Tableau n°1 : la performation de l'alerte sanitaire par le *dispositif juridique performé et performatif*

7.2 Les éléments *du dispositif juridique performé et performatif*

Le point fondamental discuté ici porte sur les éléments que la loi Sapin 2 a abrogés dans le Code de la santé publique et dans d'autres dispositions juridiques. Selon l'article 15 de la loi Sapin 2, les articles L. 1351-1 et L. 5312-4-2 du Code de la santé publique, les articles L. 1161-1 et L. 4133-5 du Code du travail sont abrogés. Dans la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la

protection des lanceurs d'alerte, l'article 1er, les 3° et 4° de l'article 2 et l'article 12 sont abrogés. L'article 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique est abrogé.[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016.]. Quelques questions se posent naturellement. En quoi ces modifications sont-elles bénéfiques, cohérentes ou au contraire incohérentes avec notre modèle de traduction par hétéronomie ? Comment s'organise notre modèle au regard de ces changements intervenus dans le contexte de la loi Sapin 2 ? Dans notre conception des choses, nous reconsidérons les articles 1 et 2 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement, dans leur intégralité, et les enrichissons en fonction de nos propositions sociopolitiques (M1 et M2).

7.2.1 Mise en tension entre l'article 1 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 et l'article 6 de la loi Sapin 2 pour proposer une définition du lanceur d'alerte : notre apport

La loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 dans son article 1 ne désigne pas clairement le lanceur d'alerte de façon formelle. Néanmoins, nous pouvons lui reconnaitre le mérite d'élargir le champ de la révélation, non seulement à toute personne physique, mais aussi à toute personne morale. D'ailleurs, cet article 1er nomme parfaitement le fait, la donnée ou l'action qui fait peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement, ce que la loi Sapin 2 ne fait pas dans son article 6. C'est pourquoi, nous mettons en tension l'article 1 de la loi du 16 avril 2013 avec l'article 6 de la loi Sapin 2, pour faire émerger une autre définition du lanceur d'alerte dans le domaine de la santé : « Un lanceur d'alerte est une personne physique ou morale qui révèle ou signale, [de manière désintéressée, de bonne foi, un fait, une donnée ou une action, mène une démarche transparente et authentique pour transmettre cette révélation à l'agence nationale de gestion de l'alerte][697]une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre ».

7.2.2 L'enrichissement de l'article 2 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 pour éclairer notre proposition de création de l'agence nationale de gestion de l'alerte : notre apport

« Il est institué une agence nationale de gestion de l'alerte en matière de santé publique et d'environnement chargée de veiller à la protection du lanceur d'alerte et aux procédures d'enregistrement, de traitement et d'expertise des alertes en matière de santé

697 Ce que nous appelons le potentiel de l'alerte sanitaire.

publique et d'environnement. À cette fin, elle est d'office partie prenante au débat organisé autour de l'alerte pour la recherche du compromis, de la définition des modalités correspondantes à la protection de celui ou celle qui a révélé un danger sur la santé publique ou l'environnement et aux sanctions destinées aux acteurs à l'origine de ce danger. Elle recueille et traite dans un premier temps les alertes dans l'immédiateté et déclenche la procédure conduisant à la démocratie sanitaire pour amener les discutants sociaux et politiques de coopérer autour de l'alerte. Elle reçoit et conseille les lanceurs d'alerte en amont et en aval de leurs signalements ».

7.2.3 La procédure de signalement et de traitement d'alerte dans notre modèle de la traduction par *hétéronomie* enrichi par l'approche de la performativité

Nous prenons nos distances à l'égard de l'article 8 de la loi Sapin 2. En effet, nous proposons une autre façon de procéder pour signaler et traiter l'alerte sanitaire. Dans notre modèle, le lanceur d'alerte n'est pas obligé de porter son signalement à la connaissance du supérieur hiérarchique direct ou indirect, de son employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. L'ANGA (Agence nationale de gestion de l'alerte) est habilitée à recueillir, à traiter et surtout à collaborer de façon effective et répétitive avec le lanceur d'alerte afin d'appréhender tous les contours de l'alerte sanitaire interne ou externe. Notons qu'il n'y a pas de délais dans le traitement de l'alerte sanitaire dans notre modèle. L'ANGA mobilise tous ses moyens humains et non-humains pour saisir l'alerte dans sa profondeur. En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement est porté directement à l'ANGA. Enfin, le Défenseur des droits mentionné dans la loi Sapin 2 dans son article 8, alinéa IV, jouant le rôle d'orientation de toute personne désirant lancer une alerte n'est pas forcément intégré dans notre modèle de la traduction par hétéronomie car ce rôle est systématiquement joué par l'ANGA, puisqu'elle recueille tout type d'alerte sanitaire dans les domaines de la santé et oriente elle-même les lanceurs d'alerte.

Au regard de cette proposition, la procédure de signalement et de traitement dans notre modèle s'organise en deux temps. Dans un premier temps, le lanceur d'alerte transmet l'alerte ainsi que les informations qui la caractérisent à l'ANGA. Le lanceur d'alerte et les membres de l'ANGA vont ainsi dialoguer et coopérer de façon effective et répétitive (sous la forme d'un modèle interactif fermé) pour construire l'*alerte primaire* (ce que nous appelons monde incertain de l'alerte sanitaire). Dans un deuxième temps, l'ANGA, le représentant légal du lanceur d'alerte participe (ce que nous appelons démocratie technique déléguée) aux débats autour de l'*alerte primaire* au même titre que les autres participants à la démocratie sanitaire pour performer ce que nous appelons l'*alerte secondaire* (monde certain de l'alerte sanitaire).

7.3 La performation de l'alerte sanitaire par les acteurs sociopolitiques via le truchement du *dispositif juridique performé et performatif*

Une question se pose sur la façon dont les éléments (acteurs) sociopolitiques, que nous avons présentés, se mobilisent pour contribuer à l'efficacité de notre modèle de traduction par *hétéronomie* de l'alerte sanitaire « en train de se faire » plutôt que « l'alerte sanitaire déjà faite ». Une analyse sous le prisme de la performativité au sujet de l'*alerte primaire* et de l'*alerte secondaire* orientée vers le *dispositif juridique performé* dans la chaîne de traduction (schéma 2 : traduction performative par l'*hétéronomie* de l'alerte sanitaire), permet de mieux répondre à cette question. Pour ce faire, nous nous positionnons dans l'analyse performative au sens de Michel Callon. « La notion de "performativité" empruntée à la pragmatique du langage, met en évidence le fait que les sciences en général, sociales en particulier et juridique dans le cas examiné dans cet article, ne se limitent pas à représenter le monde : elles le réalisent, le provoquent, le constituent aussi, du moins dans une certaine mesure et sous certaines conditions. En linguistique, on dit d'un énoncé qu'il est performatif quand il instaure ce dont il parle. [...] Étendue et adaptée aux sciences, cette intuition permet de qualifier les situations dans lesquelles l'objet sur lequel porte un travail scientifique n'est pas simplement constaté ou décrit, mais modifié, voire appelé à exister. » [Muniesa, Callon, 2009, p. 289 cité par Bruno Ambroise, 2015]. Dans notre analyse la performativité est un processus au cours duquel, les participants à la démocratie sanitaire construisent ou réalisent un monde certain de l'alerte sanitaire à partir des micro-pratiques, discours et représentations dirigés par le *dispositif juridique performé et performatif* (voir le schéma 4). Ce dispositif est un agencement technique des éléments essentiellement juridiques que nous avions obtenus via notre technique méthodologique basée sur les études multi cas (voir le schéma 1, p. 14 de cet article).

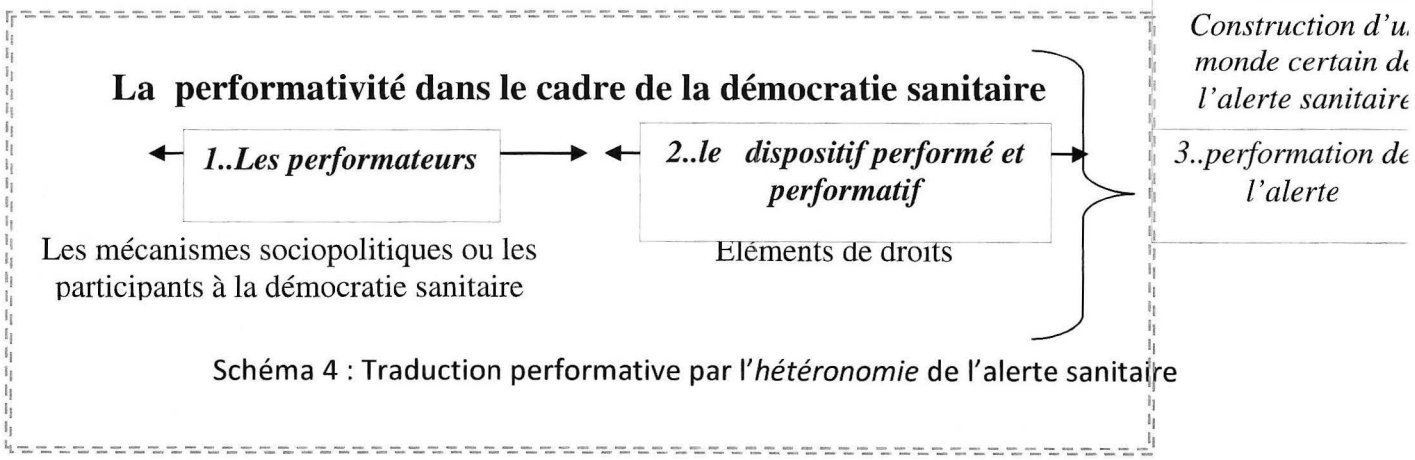


Schéma 4 : Traduction performative par l'*hétéronomie* de l'alerte sanitaire

7.4 La conceptualisation des missions fondamentales de l'Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA) au regard de la loi Sapin 2

Comment conceptualiser les missions fondamentales de l'Agence nationale de gestion de l'alerte sanitaire ?

Nous proposons une conceptualisation à partir de l'article 1 de la loi Sapin 2 qui a créé l'Agence française anticorruption dotée des missions de conseils[698] et d'assistance d'une part[699], et des missions de contrôle d'autre part[700].

Notre objectif consiste, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, à dégager les apports et limites de cette loi afin d'enrichir notre modèle de la traduction par *hétéronomie* pour la protection des lanceurs d'alerte. À partir des missions spécifiques de l'Agence française anticorruption (AFA) et de ses missions fondamentales annoncées par Michel Sapin, nous avons ainsi dégagé les contours des missions de « notre » agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA). En effet, « selon Michel Sapin, la première mission de l'agence française anticorruption doit être la prévention de la corruption, dont la réussite passera en premier lieu par la centralisation et le partage d'informations. Cela justifie, selon le gouvernement, la double tutelle des ministères de la Justice et de l'Économie, afin de garantir un partage d'informations complet, et de s'assurer que l'agence disposera de la visibilité et de l'autorité nécessaires pour coordonner l'action des différents pouvoirs publics concernés par cette problématique ». (Emmanuel Daoud et Solène Sfoggia, 2017, *in Revue Lamy droit des affaires*, p. 34). Dans notre modèle de traduction par *hétéronomie*, nous préconisons que la première mission de l'ANGA serait de protéger les lancers d'alerte, et de promouvoir le partage d'informations et la coopération autour de l'alerte sanitaire avec des acteurs sociopolitiques légitimes dans le cadre de la « démocratie sanitaire ». Nous proposons que cette agence ne soit pas, comme dans le cas de l'AFA, sous la tutelle ministérielle, mais bénéficie pour son organisation et son fonctionnement de la coopération de trois ministères : le ministère de la Santé, le ministère de la Justice et le ministère de l'Environnement.

« En parallèle, la seconde mission de l'agence consiste à sanctionner les entreprises en cas de manquement à leurs obligations de prévention de la corruption. Il faut donc bien distinguer cette possibilité du cas où des faits de corruption seraient soupçonnés ou avérés, pour lesquels la justice devra être saisie – et non l'agence. Dans le cadre de cette seconde mission l'indépendance est primordiale selon le Gouvernement, et le texte précise que le

---

698 Aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. - centralise et diffuse des informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les atteintes à la probité (art1 décret).

699 Élabore des recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme - prépare un plan national pluriannuel de lutte contre les atteintes à la probité ainsi qu'un rapport d'activité annuel public – apporte son appui aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales et à toute personne physique ou morale (art 3).

700 Contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre pour lutter contre les atteintes à la probité – contrôle de l'exécution et assure le suivi des mesures judiciaires (art 3).

Directeur de la future agence ne pourra recevoir ni solliciter d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale. On lui a donc reproché pendant les débats une forme schizophrénie : il devra respecter sa hiérarchie le matin en matière de centralisation et coordination, mais être censé ne plus l'entendre l'après-midi s'agissant des sanctions » (Emmanuel Daoud et Solène Sfoggia, 2017, *in Revue Lamy droit des affaires*, p. 34 et 35). En ce qui concerne notre modèle, la deuxième mission fondamentale, serait de sanctionner toute personne physique ou morale qui pourrait étouffer l'alerte sanitaire. Lorsque les faits ou menaces d'étouffement sont soupçonnés ou avérés, l'ANGA doit saisir immédiatement la justice. Le tableau suivant établi un comparatif entre l'AFA créée par la loi Sapin 2 et notre proposition ANGA.

Comparaison entre l'AFA et l'ANGA

	Agence Française anticorruption (AFA)	Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA)
Champ opérationnel	Corruption	Alerte
Mission fondamentale 1 dans le champ	Prévenir la corruption	Protéger les lanceurs d'alerte
Mission fondamentale 2 dans le champ	Sanctionner les entreprises en cas de manquement à leurs obligations de prévention de la corruption	Sanctionner toute personne morale ou physique qui étouffe l'alerte
Portée	Générale	Spécifique
Intervention	Tous secteurs d'activités	Domaines de la santé et de l'environnement
Tutelle /pas de tutelle	Tutelle : ministère de la justice et ministère de l'économie	Pas de tutelle : coopération avec le ministère de la santé, le ministère de l'environnement et le ministère de la justice

Tableau n° 2 : comparaison entre l'AFA et L'ANGA

Les fonctions reconnues à l'agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA) en tant que pistes de recherche à explorer empiriquement sont : promouvoir la culture de l'alerte au niveau individuel, de l'entreprise et sur le plan national ; inciter le lanceur d'alerte à signaler les dangers ; promouvoir la liberté d'expression des lanceurs d'alerte ; protéger physiquement les lanceurs d'alerte ; l'accompagnement juridique ; le traitement précoce des alertes ; l'expertise des alertes ; la réflexion à mener pour créer un statut pour les lanceurs d'alerte.

Pour Francis Chateauraynaud (2008), dans un article intitulé, « Lanceurs d'alerte et système d'expertise : vers une législation exemplaire en 2008 ? » (Paris, Sénat, 27 mars 2008), « la création d'une sorte de bureau des alertes doit anticiper l'acheminement de multiples plaintes, demandes, observations, des plus fantaisistes aux plus paranoïaques. Malgré tout, le recueil des messages doit être systématique et symétrique : dans un premier

temps on ne porte aucun jugement de normalité mais *on consigne en écoutant.* ». Il met également l'accent sur les problèmes de manipulation à gérer, qu'il aborde en utilisant l'expression du « pied dans la porte ». Selon lui, « On a tous connu des personnes qui se sont abîmées dans des causes perdues, avec un sentiment d'échec qui mêle ressentiment et sentiment de persécution, et qui cherchent à faire partager leur indignation en jouant de ressorts affectifs et moraux : j'ai le droit d'être entendu / ne me rejetez pas comme « eux »». Pour saisir ce type de comportements, l'auteur propose qu'une des règles de base serait de ne recourir à la qualification psychopathologique qu'en dernier ressort, tout en étant extrêmement attentif à la manière dont se sont noués les liens entre le lanceur d'alerte, l'alerte et le milieu concerné. On se souvient qu'Anne-Marie Casteret, journaliste médicale à l'origine de l'affaire du sang contaminé, a d'abord été jugée « folle » par de nombreux médecins et journalistes et que la violence des mauvais traitements subis lors de ces premières épreuves l'a affectée jusqu'à sa disparition en 2006 ». Cette agence pourrait par exemple coopérer régulièrement avec l'ANSM pour maximiser les efforts en matière de lutte contre la fraude au médicament ou encore avec l'ensemble des acteurs du système de santé en matière de lutte contre la fraude à la sécurité sociale (fraude à l'assurance maladie[701] et fraude aux allocations familiales).

7.5 La « force des choses » dans la performation de l'alerte sanitaire

Nous pouvons discuter le concept de « force des choses » en faisant référence au concept de situation de gestion au sens de Jacques Girin[702]. En effet, pour qu'il y ait « forces des choses » dans la performation de l'alerte sanitaire, il faudrait cinq conditions nécessaires et suffisantes :

- Condition 1 : les « eux » et les « autres »

Les « eux » sont le lanceur d'alerte (LA) et l'Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA) qui sont les parties prenantes de la démocratie technique ; tandis que les « autres » sont les participants à la démocratie sanitaire.

- Condition 2 : les références (ce sont les dispositions juridiques enchâssées dans la démocratie sanitaire).

- Condition 3 : les acteurs de la démocratie technique doivent être en interaction avec les participants à la démocratie sanitaire pour coopérer autour de l'alerte sanitaire.

---

701 Parmi les fraudes au détriment de l'assurance maladie, on dénombre : la fraude des assurés, la fraude des professionnels de santé, la fraude des transporteurs sanitaires, la fraude des établissements de santé et la fraude à la Couverture Maladie Universelle et à l'Aide Médicale d'État par usurpation d'identité.

702 « Je considère qu'une situation est définie par trois aspects : des participants, une extension spatiale (le lieu ou les lieux où elle se déroule, les objets physiques qui s'y trouvent), une extension temporelle (un début, une fin, un déroulement, éventuellement une périodicité) ». (Girin et *al*, 2016, p 35).

- Condition 4 : un lieu de dialogue et de coopération (forum hybride[703])

- Condition 5 : une durée.

Nous définissons la « forces des choses » comme quelque chose qui créée de la cohérence dans le dispositif performatif de notre modèle de la traduction par *hétéronomie,* qui assure le lien entre le dispositif juridique et les participants à la démocratie sanitaire, qui donne du sens et assure l'agencement collectif des compétences des participants dans les deux chaînes de traduction performatives. C'est elle qui rend possible l'*hétéronomie* de l'alerte sanitaire. Le losange pour la protection des lanceurs d'alerte montre parfaitement comment s'articulent les concepts d'hétéronomie et de « force des choses » dans notre modèle. L'*hétéronomie* est la dépendance, la croyance des M1, M2 et M3 *au dispositif juridique performé et performatif* défini comme leur cadre d'actions. Tandis que la « force des choses » est incarnée par *le triangle de la relation, de la cohérence, du dialogue, de la collaboration, de la coopération et du compromis* (M1, M2, M3).

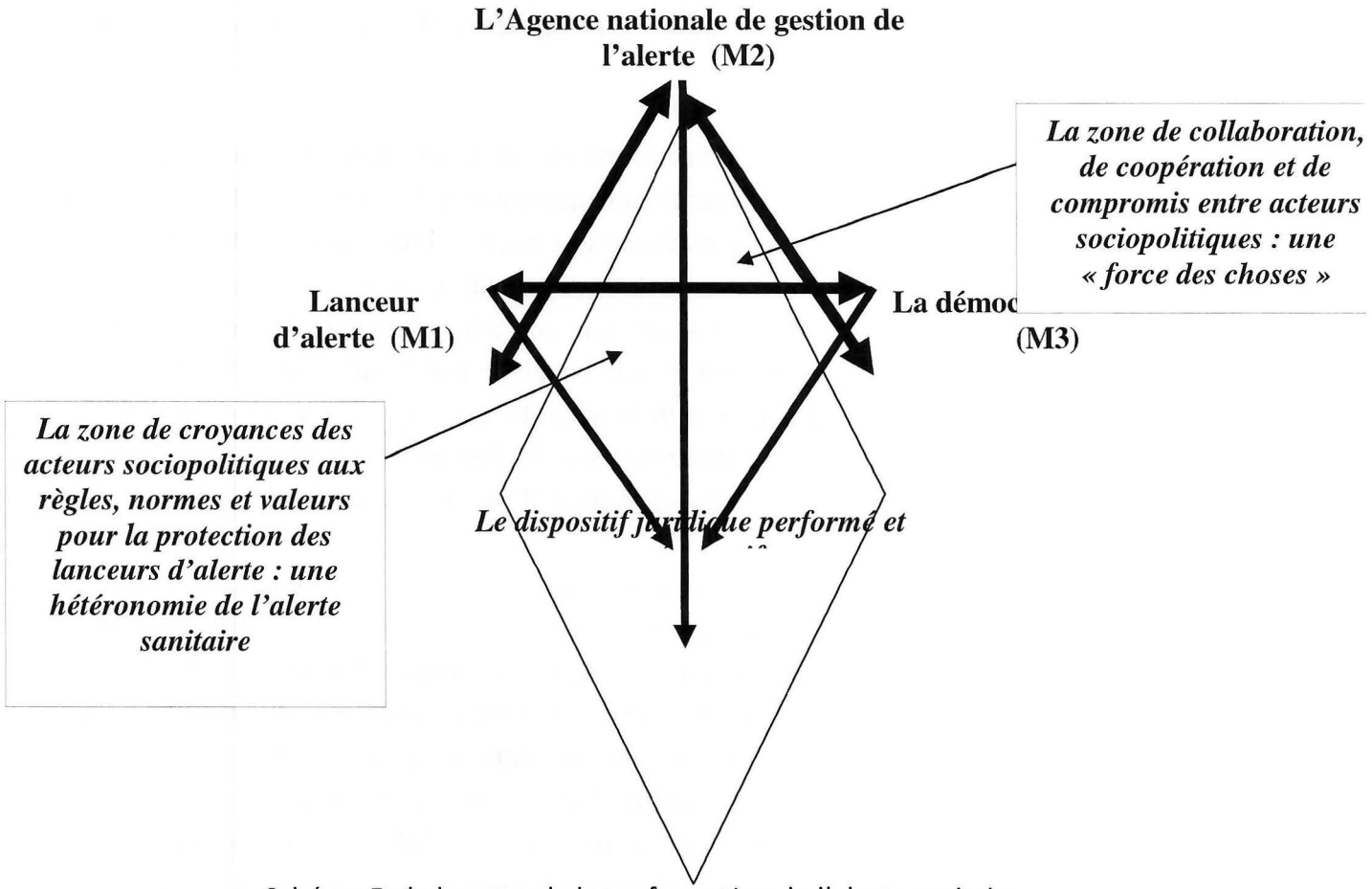


Schéma 5 : le losange de la performation de l'alerte sanitaire

[703] Ce lieu en tant qu'espace de débat indique comment les participants en interactions venant des horizons différents coopèrent pour construire un compromis en fonction des dispositions juridiques pour attribuer une valeur à l'alerte, ce que nous appelons alerte secondaire ou pour se prononcer sur les formes possibles de la protection du lanceur d'alerte ayant révélé la nature du danger.

8. Conclusion

L'une des critiques que nous avons formulée à l'encontre de la loi Sapin 2 est le fait que le lien entre l'Agence française anti-corruption qu'elle a créée (article 1) et le lanceur d'alerte soit porté vers la perspective de répression ou de prévention dans le cas d'une entreprise qui serait à l'origine des faits de corruption. La perspective de protection des lanceurs d'alerte nous a semblé moins robuste dans les missions de cette Agence. En outre, la loi Sapin 2 dans son article 8 ne permet pas à cette Agence de recueillir les signalements, ce qui restreint son pouvoir d'actions. Cette Agence n'est pas tout à fait indépendante, puisqu'elle reste sous la double tutelle des ministères de la Justice et de l'Économie. Enfin, cette loi est très focalisée sur les risques de corruption financière, au détriment des risques spécifiques dans les domaines de la santé publique. Par exemple, dans le secteur de l'industrie pharmaceutique, elle ne met pas en exergue ses liens avec la pharmacovigilance, qui est un dispositif important pour les signalements des effets indésirables médicamenteux.

Pour pallier ces insuffisances, notre recherche a proposé un cadre pour la protection de ceux qui révèlent des dangers pour la santé publique à partir d'un modèle interactif formé par trois propositions sociopolitiques (création d'une Agence nationale de gestion de l'alerte (ANGA), promotion de la démocratie technique et de la démocratie sanitaire). Ces propositions sont des mécanismes influencés par un cadre d'actions (*dispositif juridique performé et performatif*), que nous avons mis en place par l'exploration des lois du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé, du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement, de la loi Sapin 2 et d'autres dispositifs juridiques jugés pertinents.

Nous avons montré que ce modèle interactif peut être mis en scène par un modèle de traduction par *hétéronomie* de l'alerte sanitaire. Cette traduction comporte deux chaînes de traduction qui mobilisent plusieurs participants pour transformer d'abord le signal d'alerte en *alerte primaire* (traduction 1), puis en *alerte secondaire* (traduction 2). La traduction 1 explicite les interactions entre l'acteur à l'origine des faits signalés (i), le lanceur d'alerte (ii) et l'agence nationale de gestion de l'alerte (iii). « Le (ii), un acteur principal de la démocratie technique, libère la parole par rapport aux faits illégitimes et illégaux commis par le (i) au regard de la santé publique. Tandis que le (iii) est un co-auteur de la démocratie technique. Le (i) est un participant de la démocratie technique dans la première partie de notre modèle». La traduction 2 qui se réalise dans un climat organisationnel de la « démocratie sanitaire » décrit le déroulement du processus de transformation et de délibération de l'*alerte primaire* dans le forum hybride en tant qu'espace d'échanges. La différence entre les deux chaînes de traduction porte sur le fait que la traduction 1 construit

un monde incertain (ou monde révélé caractérisé par l'alerte primaire, appelée aussi alerte admissible), tandis que la traduction 2 construit un monde certain caractérisé par l'alerte secondaire.

La combinaison de ces chaînes de traduction indique la procédure de signalement et de traitement de l'alerte sanitaire. Par le modèle de la traduction par *hétéronomie*, nous postulons que la France peut être dotée d'une forte culture d'alerte au niveau individuel, organisationnel, régional et national dans les domaines de la santé publique lorsqu'il est performé. L'*hétéronomie* symbolise dans ce modèle l'interdépendance et la mobilisation des acteurs sociopolitiques (participants) dans le mouvement de la traduction performative et leurs croyances au *dispositif juridique performé et performatif*.

Nous envisageons d'approfondir notre modèle de la traduction par *hétéronomie* au cours de nos prochains travaux de recherche à partir des entretiens qui seront réalisés auprès d'un certain nombre de professionnels, et notamment des avocats et des magistrats, mais aussi auprès des associations agréées dans les domaines de la santé et de l'environnement.

9. Références bibliographiques

Aggeri Franck (2017), « Qu'est-ce que la performativité peut apporter aux recherches en management et sur les organisations. Mise en perspective théorique et cadre d'analyse », *M@n@gement* (Vol. 20), p. 28-69.

Akrich Madeleine, Michel Callon et Bruno Latour, (1988), « A quoi tient le succès des innovations », *Gérer et comprendre*, No. 11 et 12.

Akrich Madeleine, Michel Callon et Bruno Latour, (2006), *Sociologie de la traduction, textes fondateurs*, Éditions Ecoles des mines de Paris, 302 p.

Akrich Madeleine, Yannick Barthe, Fabian Muniesa (2010), *Débordements. Mélanges offerts à Michel Callon*, Presses des Mines, 407 p.

Ambroise Bruno (2015), « Performativité de l'économie ou pouvoir symbolique ? », *Revue Française de Socio-Économie* (Hors-série), p. 19-35.

Autin Jean-Louis (2011),« Le statut du Défenseur des droits »,*Revue française d'administration publique*, 139,(3), 421-431.

Barbot Janine et Nicolas Dodier (2016), « La Force des dispositifs », Annales. Histoire, Sciences sociales, 71, 2, 2016, pp. 421 – 450.

Benaiche Lionel (2014), « Le droit de l'alerte en France », Les Tribunes de la santé (n° 45), p. 79-98.
Bergmann Jean -François, François Chast, André Grimaldi, Claire Le Jeune et Claire Hédon (2015), *La vérité sur vos médicaments*, Odile Jacob, 587 p.
Brisset Nicolas (2014), « Performer par le dispositif ? Un retour critique sur la théorie de la performativité », *L'Année sociologique* (Vol. 64), p. 217-246.

Cahiers de la documentation, juin 2011, « Lanceurs d'alerte : des vigilants parmi nous », 51-55,890

Cahiers de droit de l'entreprise, mai-juin 2016, « La médiation au service de l'entreprise » numéro 3

Callon M., Lascoumes P., Barthe Y, (2001), *Agir dans un monde incertain*, Paris, Seuil.

Castaing Cécile (2014) (dir), « La démocratie sanitaire : mythe ou réalité ? », Éditions, Les Études hospitalières, 110 p.

Chateauraynaud F., 2008, « Les lanceurs d'alerte dans l'espace politique. Réflexions sur la trajectoire d'une cause collective », Texte pour la journée « Lanceurs d'alerte et système d'expertise : vers une législation exemplaire en 2008 ? » (Paris, Sénat, 27 mars 2008),

Chateauraynaud Francis et Josquin Debaz (2017), *Aux bords de l'irréversible. Sociologie pragmatique des transformations*, Éditions PETRA, 646 p.

Chebbi Hela, Alain Fayolle et Wadid Lamine (2014), « Quel apport de la théorie de l'acteur-réseau pour appréhender la dynamique de construction du réseau entrepreneurial ? », *Revue Management international / International Management / Gestión Internacional*, 19, No 1, p. 158 – 176.

Chibane Manel (2011), « Le nouveau défenseur des droits », https://www.lepetitjuriste.fr/droit-administratif/droit-administratif-general/le-nouveau-defenseur-des-droits/
Code de la santé publique, 2016, 30^{e} Éditions.
Code de la santé publique, 2017, 31^{e} Éditions.
Défenseur des droits (2017), *Orientation et protection des lanceurs d'alerte*.
Evin claude (2002), *Les droits des usagers du système de santé*, Éditions Berget-Levrault, 575 p.
Inspection générale des affaires sociales (2011), « Enquête sur le Médiator », rapport janvier 2011.
Galut Yann (2016), « Proposition de loi relative à la protection globale des lanceurs d'alerte » enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 mars 2016.
Girin Jacques et *al*, (2016), *Langage, organisations, situations et agencements*, Presses de l'université Laval, 423 p.

Henry Emmanuel (2000). *Un scandale improbable. Amiante : d'une maladie professionnelle à une crise de santé publique,* Science politique, Université de Technologie de Compiègne.

Henry Emmanuel (2003), « Du silence au scandale. Des difficultés des médias d'information à se saisir de la question de l'amiante », *Réseaux* (no 122), p. 237-272.

La loi Sapin 2, un an après, table ronde avec Charles DUCHAÎNE, Pierre LAPORTE, Fréderic PIERUCCI, Pierre – Antoine BADOZ , in *Cahiers de droit de l'entreprise*, no 6, décembre 2017, p.9-18.

Lascoumes Pierre et Patrick Le Gales (2012), *Domaines et approches. Sociologie de l'action publique* , Éditions Armand Colin, 126 p.

Leclerc Olivier (2017), « protéger les lanceurs d'alerte. La démocratie technique », Issy – les – Moulineaux : LGDJ, 106 p

Letourmy Alain, Naïditch Michel (2009), « L'émergence de la démocratie sanitaire en France ». In : *Santé, Société et Solidarité*, n°2, « La place des usagers dans le système de santé », p. 15-22.

LOI organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits. JORF n°0075 du 30 mars 2011 page 5497 texte n° 1.

LOI n° 2011- 2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé – version consolidée au 04 février 2018.

LOI n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, JORF n°0090 du 17 avril 2013 page 6465, texte n° 10

LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016 texte n° 2.

Marie – Christine Sordino (dir) (2016), « Lanceur d'alerte : innovation juridique ou symptôme social? », Presses de la Faculté de Droit et de Science politique de Montpellier, 183 pages

Moliner-Dubost Marianne (2013), « Les lanceurs d'alerte dans le domaine de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*(n° spécial), p. 87-108.

Noiville Christine, Marie-Angèle Hermitte (2006) « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *Natures Sciences Sociétés* (Vol. 14), p. 269-277.

Revue Lamy droits des affaires (2017), « Loi Sapin II : l'arsenal répressif français et les défis de la modernité », 125 Avril 2017.

Tabuteau Didier (2012), « Le Parlement et la santé », *Les Tribunes de la santé* 2012/1 (n° 34), p. 95-115.

Spurk Jan (1998), *Une critique de la sociologie de l'entreprise*, Éditions L'Harmattan, 247p .

2.Elargir les protections des lanceurs d'alerte

Comme le soulignait le rapport de faisabilité de la recommandation du Conseil de l'Europe , l'éventail des mesures de représailles que peut subir un donneur d'alerte est large, si bien qu'il est nécessaire, comme le suggéraient le GRECO[704] et le G20[705], d'assurer à ceux-ci une **immunité intégrale** : non seulement le lanceur d'alerte reconnu de bonne foi ne doit pas pouvoir faire l'objet de mesures de rétorsion au sein de la fonction publique mais il doit aussi être mis à l'abri des « poursuites-bâillon » sur le plan pénal et civil. La recommandation en prend acte d'une part en considérant qu' *« il est nécessaire d'interdire toutes les représailles, que ce soit sous une forme active, comme les mesures disciplinaires ou le licenciement, ou sous une forme passive, comme le refus de promotion ou d'accès à la formation »* (Recommandation précit, p.10). Cette rédaction large correspond également aux « bonnes pratiques » observables en la matière[706]. Mais les lanceurs d'alerte sont également particulièrement sujets aux poursuites abusives en diffamation[707], ce qui nécessite, aux yeux de l'Assemblée, que *« le lanceur d'alerte [puisse dans ce cadre] invoquer* [...] *le fait que le signalement ou la révélation d'informations ait été faite conformément au cadre national »*. Cela correspond en France – par exemple – à l'*« exception de bonne foi »*[708]. Parallèlement, la « responsabilisation » des employeurs à laquelle la

704 V. Sixième Rapport général d'activités du GRECO (2005) (Greco (2006) 1F Final)

705 v. G20, Compendium of best practices and guiding principles for legislation on the protection of whistleblowers », 2011.

706 Par exemple, aux Etats-Unis, la section 2302(a)(2)(A) du *Whistleblower Protection Act*, inclut 11 types de comportements discriminatoires distincts. La jurisprudence est assez libérale en la matière, estimant que le fait d'enquêter en interne sur des faits liés aux divulgations peuvent dans certaines hypothèses constituer un *« changement significatif dans les responsabilités ou dans les conditions de travail »* d'un lanceur d'alerte » (Russell v. Department of Justice, 76 M.S.P.R. 317, 324-25(1997).

707 D.Lewis, 'Whistleblowers and the Law of Defamation: Time for Statutory Privilege?'", 2005, 3,Web JCLI.

708 Dans une affaire emblématique en 2006, les juges du Tribunal Correctionnel de Paris tout en reconnaissant que les conditions de la diffamation étaient réunie, les juges du Tribunal Correctionnel avaient jugé que l'alerte était justifiée dès lors que le militant avait pour souhait d'informer le public et disposait d'éléments de nature à fonder ses allégations. La dénonciation par voie de presse pouvait alors être conçue comme légitime. V. TGI Paris, 2 mars 2006, inédit. V. également, citant cette décision : M. Dupisson-Guihéneuf "Chapitre 3. Les lanceurs d'alerte." *Journal International de Bioéthique* Vol 25, n°2, 2014, pp. 79-93.

recommandation fait référence pourrait impliquer la mise en place de sanctions pénales à l'égard d'employeurs faisant subir des mesures de rétorsion aux employés lanceurs d'alerte[709]. Ces derniers doivent enfin, sans qu'en soient précisées les modalités de mise en œuvre, pouvoir solliciter *« des mesures provisoires, en particulier en cas de perte d'emploi »* (Recommandation précit., p.10)

La protection des lanceurs d'alerte, sous peine d'être ineffective, ne peut en outre se passer d'une redéfinition de la charge de la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre la mesure de représailles et le signalement : faire reposer sur l'employé une telle charge conduirait à priver d'effet les protections instituées. Ce n'est donc pas un hasard si les législations « avancées » en matière de lancement d'alerte, à savoir les Etats-Unis[710] et le Royaume-Uni[711] ont institué un système de partage de la charge de la preuve. La recommandation en prend acte en recommandant que, sous réserve que le lanceur d'alerte donne *« des motifs raisonnables de penser que l'acte préjudiciable constituait une forme de représailles à la suite de son signalement »* il incombe à l'employeur *d' « établir que telle n'était pas la motivation de l''acte préjudiciable »* (Recommandation précit., p.10)

En premier lieu, l'article 9 de la loi « Sapin II » prévoit que les procédures mises en œuvre pour recueillir les « signalements de l'alerte » doivent garantir une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement.

En outre, traitant le lanceur d'alerte, l'alerte et la personne mise en cause de manière équivalente, cette disposition prévoit que ne peuvent être divulgués (sauf à l'autorité judiciaire) les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte qu'en obtenant le consentement de celui-ci et les éléments de nature à identifier la personne mise en cause par un signalement qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte. Le fait de divulguer ces éléments confidentiels est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende – ce qui risque d'avoir un effet dissuasif à l'égard des lanceurs d'alerte ayant opté pour le mauvais canal[712].

---

709 C'est le cas aux Etats-Unis, la *Sarbanes-Oxley* prévoyant des sanctions pénales pour réprime ce type de comportements. V. 18 U.S.C. §1513(e)

710 Aux Etats-Unis, dans la majorité des cas, l'employeur doit démontrer *« de manière claire et convaincante qu'elle aurait pris la même mesure à l'égard de l'employé quand bien même celui-ci n'aurait pas lancé l'alerte »*. Dans ce cadre, le seul élément d'appréciation de ce type de lien de causalité est l'existence d'un « facteur contributif » indépendamment de tout élément temporel. V. *Lockheed Martin v. Adm. Review Bd.*, USDOL, No. 11-9524 (10th Cir. June 4, 2013).

711 Au Royaume-Uni, c'est à l'employeur de démontrer – à condition que l'employé ait plus d'un an d'ancienneté- que la mesure prise n'a aucun lien avec le signalement opéré par l'employé. V. *NHS Manchester v Fecitt & Others*.

712 V. déjà à titre d'exemples les affaires *Pichon* et *Souid* (J.-P. Foegle et S. Slama, *Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte : La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, disponible sur http://revdh.revues.org/628, mis en ligne le 14 mars 2014. – CAA Paris, 1er juin 2015, n° 15PA00409. – C. Oriol, *Les contours du devoir d'alerte des agents publics : AJDA* 2015, p. 639).

En second lieu, les articles 10, 11 et 12 aménagent dans le Code du travail (art. L. 1132-3-3), le statut général des fonctionnaires (L. n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 6 ter A) ainsi que le Code de la justice administrative (art. L. 911-1-1.), un régime de protection des lanceurs d'alerte – salarié ou fonctionnaire – et de partage de la charge de la preuve comparable à celui appliqué à la discrimination et au harcèlement moral, au signalement de crimes et délits ou encore, en droit de la fonction publique, de conflits d'intérêts. On retrouve néanmoins là aussi les exigences « de bonne foi ». En cas de licenciement, le texte prévoit également un droit à réintégration.
En troisième lieu, l'article 13 pénalise le faut pour toute personne de faire « obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement aux personnes et organismes » mentionnés préalablement, en punissant ce fait d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende en cas de plainte pour diffamation contre un lanceur d'alerte de fixer le montant de l'amende civile qui peut être prononcé à 30 000 €..

Une protection efficace des lanceurs d'alerte passe dès lors par une protection contre l'ensemble des mesures de rétorsion des organisations tant en droit du travail que via l'arsenal pénal (a), par une protection contre les poursuites pénales et poursuites en diffamation (b.) et par une protection des lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement qui constitue l' « angle mort » de la recommandation de 2014 (c.)

a)Protections contre les mesures de rétorsion des organisations

Dans la présente partie, Robin Médard Inghilterra explore l'apport du droit de la non-discrimination à la protection des lanceurs d'alerte. Selon l'auteur, le risque encouru par le lanceur d'alerte est bien un risque de discrimination. Plus particulièrement, cette discrimination potentielle se manifeste sous la forme d'un acte de représailles en réaction à la divulgation d'éléments d'information révélés ou signalés dont il a eu personnellement connaissance. La spécificité de cette discrimination repose dès lors sur le fait que son acte matériel se manifeste sous la forme d'une rétorsion, constituant le traitement défavorable, fondé sur le fait d'avoir signalé une alerte conformément aux articles 6 à 8 de la loi Sapin II– critère de discrimination envisagé par le Code du travail la loi Le Pors ainsi que le Code de la défense

S'agissant des mécanismes de protection, Francis Habouzit démontre qu'en combinant les dispositions de la loi Sapin II et du Code pénal, il est possible de tracer les contours d'une protection pénale capable d'appréhender de nombreuses formes de comportements hostiles à l'alerte et à son auteur. Néanmoins, l'auteur relève des lacunes qui illustrent la portée limitée du statut des lanceurs d'alerte en droit pénal. Dans ces conditions, bien que la loi du 9 décembre 2016 soit une avancée considérable dans la protection des auteurs de signalement, l'exercice du droit d'alerte demeure largement subordonné au courage de dire-vrai des lanceurs d'alerte.

En dernier lieu, Johanna Schwartz Miralles explore, à la lumière de l''expérience américaine, la manière dont le droit pénal pourrait contribuer à une meilleure protection des lanceurs d'alerte

*

Lanceurs d'alerte, discriminations et représailles : bâtir un régime protecteur, préventif et unifié

Par **Robin Médard Inghilterra**

Par sa décision 2016-740 DC du 8 décembre 2016, le Conseil constitutionnel a reconnu qu'il était « loisible au législateur organique, qui a estimé que les lanceurs d'alerte courent le risque *d'être discriminés* [nous soulignons] par l'organisme faisant l'objet de leur signalement, de charger le Défenseur des droits d'orienter ces personnes vers les autorités compétentes ». Par conséquent, le risque encouru par le lanceur d'alerte est bien un risque de discrimination. Plus particulièrement, cette discrimination potentielle se manifeste sous la forme d'un acte de représailles[713], en réaction à la divulgation d'éléments d'information révélés ou signalés dont il a eu personnellement connaissance. La spécificité de cette discrimination repose dès lors sur le fait que son acte matériel se manifeste sous la forme d'une rétorsion, constituant le traitement défavorable, fondé sur le fait d'avoir signalé une alerte conformément aux articles 6 à 8 de la loi Sapin II[714] – critère de discrimination envisagé par le Code du travail[715], la loi Le Pors[716] ainsi que le Code de la défense[717].

Les représailles à l'encontre des lanceurs d'alerte : un acte discriminatoire

Parmi les différents critères de discrimination, il est possible de distinguer deux catégories : d'une part, les critères « énumérés », qui se retrouvent au sein des listes énoncées par les articles de référence du « noyau dur législatif » antidiscriminatoire (*i.e.* les articles 1 de la loi du 27 mai 2008, L1132-1 du Code du travail, 6 et 6 *bis,* alinéas 1, de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, et 225-1 du Code pénal) ; d'autre part, les critères « annexes », énumérés non dans les listes des articles de référence mais au sein

713 Le terme de « représailles » peut être entendu comme se référant à toute « mesure prise par un individu ou un groupe pour infliger un inconvénient, physique, économique ou autre, en vue de riposter à un acte posé par autrui » (Dion, G., *Dictionnaire canadien des relations de travail,* 2ème éd., Québec : Presses de l'Université Laval, 1986, p. 411).

714 V. encore l'art. L634-3 du Code monétaire et financier.

715 Art. L1132-3-3, alinéa 2.

716 Art. 6 *ter* A, alinéa 2, de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

717 Art. L4122-4, alinéa 2 du Code de la défense.

d'articles subséquents (*i.e.* les articles 2 et 3 de la loi du 27 mai 2008, L1132-2 à L1132-3-3 du Code du travail, 6 et 6 *bis,* alinéas 5, et 6 *ter* A de la loi Le Pors, et 225-1-1 à 225-1-2 du Code pénal). Or, parmi les quatorze critères « annexes » identifiables au regard des dispositions précitées, douze s'avèrent relatifs à des situations qualifiables d'actes de représailles[718]. Faiblement considérés par la doctrine, ces critères situés en dehors des listes des articles de référence n'en constituent pas moins des critères de discrimination qui, accessoirement, possèdent la particularité de s'attacher à un acte matériel discriminatoire qui se manifeste sous la forme d'un acte de représailles. Nul paradoxe en conséquence à ce que le lancement d'alerte soit intégré parmi les motifs « annexes » du Code du travail ou de la loi Le Pors.

De ces considérations ressort un simple constat : les actes de représailles commis à l'encontre du lanceur d'alerte en raison de son signalement sont illégaux et contestables au titre du droit antidiscriminatoire. Si banal soit-il, ce constat doit être mis en lumière avec la compétence du Défenseur des droits. Ce dernier est chargé par l'article 4 de la loi organique du 29 mars 2011 de « lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ». L'article 5 de cette loi organique dispose quant à lui que le Défenseur des droits peut être saisi, dans le cadre de sa fonction de traitement extra-juridictionnel des plaintes, par « toute personne qui s'estime victime de discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi ». Le Défenseur des droits est dès lors compétent, dans le cadre de son mandat de lutte contre les discriminations, pour les litiges soulevés par les individus qui signalent une alerte au sens des articles 6 à 8 de la loi Sapin II. La loi organique du 9 décembre 2016 a certes ajouté une cinquième mission au mandat de l'autorité constitutionnelle indépendante : l'orientation des lanceurs d'alerte, ainsi que la charge de veiller aux droits et libertés de ces personnes. Cependant, sa compétence à l'égard des lanceurs d'alerte ne se limite pas à cette simple mission mais s'avère bien plus large, qu'il s'agisse du traitement extra-juridictionnel des plaintes ou de la présentation d'observations en justice au titre de sa mission de lutte contre les discriminations.

À noter que, dans le cadre de cette mission, il ne serait pas exclu d'étendre sa compétence *ratione personae* aux lanceurs d'alerte entendus *lato sensu,* incluant ceux dont la démarche n'aurait pas scrupuleusement respecté – pour diverses raisons – l'extrême contrainte imposée par le processus de signalement prévu à l'article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016. Bien que conditionnée à une audace certaine, cette approche pourrait

---

[718] Dans l'ordre chronologique d'apparition en droit interne, il s'agit du traitement défavorable fondé sur : le fait d'avoir exercé dans un cadre normal son droit de grève ; le fait d'avoir contesté de manière gracieuse ou contentieuse des faits de discrimination ; le fait d'avoir témoigné ou relaté des actes discriminatoires ; le fait d'avoir subi ou refusé de subir de tels actes ; le fait d'avoir exercé les fonctions de juré ou de citoyen assesseur ; le fait d'avoir subi ou refusé de subir un harcèlement sexuel ; le fait d'avoir témoigné ou relaté de tels faits ; le fait d'avoir refusé une mutation professionnelle dans un pays incriminant l'homosexualité ; le fait d'avoir relaté de bonne foi des faits constitutifs de délit ou crime dont on a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions ; le fait d'avoir signalé une alerte conformément à la loi Sapin II ; le fait d'avoir subi ou refusé de subir des faits de bizutage ; ou encore le fait d'avoir témoigné ou relaté de tels faits.

notamment procéder via une interprétation « constructive »[719] ou extensive du critère des opinions politiques, en l'occurrence, la défense de l'intérêt général, communément située au cœur de la démarche du lanceur d'alerte. Une telle entreprise n'aurait toutefois rien d'extraordinaire considérant la latitude avec laquelle certains critères sont interprétés par le Défenseur des droits ou les juridictions françaises, spontanément ou sur invitation des cours européennes. En effet, qu'il s'agisse de l'allaitement[720], de la taille[721], de la maternité[722] ou encore de la discrimination par association[723], de nombreuses situations non explicitement envisagées par le droit positif trouvent pourtant une reconnaissance certaine dans la jurisprudence et les décisions du Défenseur des droits via un rattachement à l'un des critères consacrés législativement.

Une viabilité du processus de signalement conditionnée à la protection antidiscriminatoire

Au-delà des questions de compétence du Défenseur des droits et de l'emprise du droit antidiscriminatoire sur la personne des lanceurs d'alerte, il importe de revenir sur les implications du processus de signalement drastique imposé par la loi Sapin II. Sauf exception[724], la première étape pour la personne qui cherche à révéler des informations potentiellement constitutives d'une alerte, consiste à adresser le signalement à son autorité hiérarchique ou à son employeur. En l'absence de diligence suffisante de leur part « dans un délai raisonnable », le signalement peut être porté à la connaissance des autorités judiciaires, administratives ou, le cas échéant, à l'attention de l'ordre professionnel. En l'absence de réaction sous trois mois, et seulement sous cette condition, le signalement peut *in fine* être rendu public. Ce schéma implique par conséquent une exposition préalable et personnelle de la part du lanceur d'alerte à toutes sortes de rétorsions – caractérisant de surcroît, rappelons-le, des actes discriminatoires dans le cas où ce dernier respecte les étapes du signalement. L'efficacité de la protection à l'encontre des représailles se présente alors comme une condition *sine qua non* de la viabilité de ce dispositif de signalement.

---

719 Nous reprenons ici une terminologie mobilisée par la HALDE (Délibération n° 2009-103, du 16 février 2009) afin de qualifier une interprétation large des motifs explicitement consacrés en droit positif.

720 Ainsi, le TA de Cergy-Pontoise (19 juin 2008), la CAA de Paris (29 juin 2010, n° 08VE02701) et la CJUE (5ème ch., 19 octobre 2017, *Elda Otero Ramos,* aff. C-531-15) appréhendent la situation d'allaitement par le biais du critère du sexe.

721 La discrimination fondée sur la taille est quant à elle appréhendée par la HALDE via le critère de l'apparence physique dans le cadre de la discrimination directe (Décision n° 2011-26 du 31 janvier 2011) et par la CJUE via le critère du sexe dans le cadre de la discrimination indirecte (1ère ch., 18 octobre 2017, *Maria-Eleni Kalliri*, aff. C-409/16).

722 Reconnue uniquement par la loi du 27 mai 2008, la discrimination fondée sur la maternité se trouve pourtant sanctionnée devant les juridictions sociales en étant rattachée tantôt à la grossesse et au sexe (CA Angers, Ch. soc., 16 avril 2013, 11/01063), à la grossesse et à l'état de santé (CA Angers, ch. soc., 2 février 2016, 13/01210) ou au seul critère de la grossesse (Cass. soc., 28 septembre 2016, 14-26.387, Inédit).

723 Par le biais de la discrimination directe fondée sur la situation de famille, la Cour de cassation et la HALDE ont respectivement sanctionné des cas de discrimination par association fondée sur des opinions politiques (Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15/80.365, Inédit) et sur l'activité syndicale (Délibération n° 2009-103, du 16 février 2009).

724 Dans l'hypothèse d'un « danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles », le signalement peut directement être porté à la connaissance des autorités judiciaires, administratives ou à l'attention de l'ordre professionnel.

À cet égard, il convient de souligner que, opportunément, le législateur a réagi de manière plutôt pertinente en modifiant la loi organique du 29 mars 2011, ajoutant un alinéa additionnel (alinéa 5) à l'article 20 afin d'élargir la protection à l'égard des lanceurs d'alerte. Cet alinéa énonce que « les personnes ayant saisi le Défenseur des droits ne peuvent faire l'objet, pour ce motif, de mesure de rétorsion ou de représailles ». Cette disposition est certes valable pour toutes les saisines du Défenseur des droits. Toutefois, ayant été introduite par la loi organique du 9 décembre 2016, force est de constater que son ambition reposait essentiellement sur la protection des lanceurs d'alerte. Si elle ne concerne que le cas des représailles infligées subséquemment à la saisine du Défenseur des droits, cette disposition renforce néanmoins la préoccupation plus large évoquée ci-dessus, à savoir la protection du lanceur d'alerte contre toute forme de représailles susceptibles de lui être imposées afin d'entraver sa démarche.

Sur ce point, il importe de reconnaître que l'effet dissuasif des représailles potentielles atteint un niveau quasi paroxystique dans le cas des lanceurs d'alerte, du fait du système de signalement préalable imposé par la loi Sapin II qui prend soin de l'exposer à de multiples reprises à cette « discrimination-rétorsion » en multipliant les éléments potentiellement déclencheurs de l'acte de représailles : au moment du signalement à son autorité hiérarchique ; en saisissant les autorités judiciaires ou administratives dans le cadre du signalement ; en saisissant le Défenseur des droits afin d'être orienté ou, le cas échéant, afin de traiter sa plainte ; en saisissant éventuellement les juridictions dans le cadre de la contestation de la discrimination si celle-ci a déjà eu lieu ; ou encore à l'issue de la divulgation publique des éléments d'information constitutifs de l'alerte.

En complément, comme le soulignait là encore le Conseil constitutionnel dans sa décision du 8 décembre 2016, il convient d'insister sur le fait que la principale source de discrimination se révèle être « l'organisme faisant l'objet [du] signalement ». Or, dans la plupart des cas, les intérêts de cet organisme sont représentés et défendus par les premiers destinataires du signalement, à savoir le supérieur hiérarchique ou l'employeur du lanceur d'alerte. Sa protection est en conséquence d'autant plus délicate à envisager que le processus de signalement l'expose précocement à la sanction de son supérieur hiérarchique ou de son employeur. Telle est par ailleurs la raison pour laquelle il semble extrêmement présomptueux de faire reposer la protection du salarié ou du fonctionnaire sur le seul article 9 de la loi du 9 décembre 2016, qui précise que les dispositifs destinés à recueillir les signalements doivent garantir la « stricte confidentialité » de l'identité de leurs auteurs. Cette garantie « de papier », autorégulée par les organismes publics ou privés, apparaît considérablement insuffisante, tant au regard du probable conflit d'intérêts entre la source et le destinataire du signalement, que de l'ampleur des enjeux soulevés par l'alerte.

Face au poids des représailles : concevoir un régime protecteur efficace

Il va sans dire que le rapport de force existant entre un employeur et son salarié se veut fondamentalement inégal, notamment en raison du lien de subordination intrinsèque à la relation de travail. De ce fait, le premier dispose de moyens de pression et de rétorsion considérables à l'égard du second qui viennent généralement s'ajouter à des inégalités de ressources. Dans son rapport préconisant la création de la HALDE, Bernard Stasi insistait sur cet aspect économique en soulignant que les entreprises peuvent considérer le procès comme « un aléa normal de leur activité, traité dans la durée par leurs services juridiques, alors que la victime agit dans une certaine urgence et s'expose à un risque de représailles, auquel s'ajoute la charge financière des frais de justice »[725]. De surcroît, cette inégalité des positions et ces moyens de pression sont pareillement applicables aux témoins, qui peuvent éprouver une certaine réticence à apporter leur concours au requérant en raison de leur propre soumission à un pouvoir hiérarchique de l'employeur[726].

Sans le moindre doute, en matière de discrimination, et *a fortiori* en ce qui concerne le possible lancement d'alerte, l'inégalité des positions et les rapports de pouvoir qui en découlent tendent à constituer des facteurs de renoncement au signalement ou à la contestation en justice des violations du droit. Pour cette raison, plusieurs observateurs et organismes de défense des droits ont plaidé en faveur d'une protection à l'encontre des représailles après avoir constaté que de nombreuses victimes renonçaient à faire valoir leur droit en raison des pressions exerçant un effet dissuasif[727]. À cet égard, la Chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que « le principe de l'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose »[728]. Les directives communautaires s'inscrivent également en ce sens lorsqu'elles précisent que « la mise en œuvre effective du principe d'égalité requiert une protection judiciaire adéquate contre les rétorsions »[729].

Au-delà des seuls cas des lanceurs d'alerte, cette nécessité est confirmée par les analyses statistiques relatives aux victimes de discrimination. En 2010, le troisième baromètre sur la perception des discriminations en emploi constatait que 22 % des agents publics et 28 % des

---

725 Stasi, B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,* Paris : la Documentation française, 2004, p. 38.

726 En ce sens, v. GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve,* note n° 2 du conseil d'orientation du GELD, octobre 2000, p. 20 et 31.

727 À cet égard, v. : CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2015,* Paris : La Documentation française, 2016, p. 153 ; FRA, *EU-MIDIS – Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination,* Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 221 ; DDD, *Rapport annuel d'activité 2013,* p. 41 ; Pécault-Rivolier, L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif,* rapport sur les discriminations collective en entreprise aux ministres du travail, de la justice et des droits des femmes, 2013, p. 81 et 136 ; Lienemann, M-N., Maglianao, H. & Calmettes, J., *Pour une nouvelle politique publique d'aide aux victimes : rapport au Premier ministre,* Paris : La Documentation française, 1999, p. 19 ; Association Droit pour la Justice, *Le traitement de la victime de formation,* Actes du colloque PRELUD, 2011, pp. 15-16 ; Dhume, F. & Sagnard-Haddaoui, N., *Les discriminations raciales en emploi. Une synthèse problématique des travaux,* Neuviller-la-Roche : ISCRA Est, 2008, p. 41.

728 Cass. Soc., 9 octobre 2013, n° 12-17.882, *Bull.* 2012, V, n° 226 : JurisData n° 2013-022014.

729 Points 20 et 30 des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

salariés du secteur privé renonçant à une contestation judiciaire étaient motivés par la crainte de représailles[730]. Quatre années plus tard, 13 % des agents publics avançaient ce facteur explicatif pour justifier leur renoncement contre 29 % des salariés du secteur privé[731]. Le cinquième baromètre sur la discrimination en emploi est encore plus frappant dès lors que 36 % des agents publics et 32 % des salariés du secteur privé indiquaient que leur renoncement était fondé sur la sensation que la revendication en justice n'aurait pas servi leurs intérêts[732]. En parallèle, 32 % des agents publics et 36 % des salariés du secteur privé évoquaient un renoncement imputable à la volonté de ne pas aggraver leur situation et, plus précisément, à la crainte de représailles[733]. À Arnaud Chappe de conclure avec justesse au sujet de l'importance numérique de ces réponses : cela « rappelle que l'acte discriminatoire ne naît pas dans un contexte de paix et d'égalité, sous la forme d'une déviance exceptionnelle qu'il suffirait de signaler pour la faire condamner »[734].

Alors que ces actes de représailles se manifestent généralement avant tout contentieux pour les lanceurs d'alerte, pour la plupart des victimes de discrimination, les représailles sont dissociées de l'acte discriminatoire initial et s'exercent généralement au moment de la juridictionnalisation du litige. De ce fait, elles tendent essentiellement à entraver le droit à un recours effectif. Néanmoins, rien ne s'oppose à ce que les mécanismes de protection soient semblables en fonction du temps de la rétorsion. D'autant plus que le lanceur d'alerte sera potentiellement confronté à ces différents temps : d'abord en amont, au moment du signalement à l'autorité hiérarchique (*e.g.* sanction), puis, le cas échéant, notamment en cas de maintien en emploi, au moment de la contestation en justice de cette première « discrimination-rétorsion » via diverses pressions (*e.g.* harcèlement, licenciement). Au contraire, les enjeux étant similaires, qu'il s'agisse de permettre le droit à un recours effectif en vue de la contestation d'une discrimination, ou de permettre la viabilité du dispositif de signalement instauré par la loi Sapin II en vue de procéder au lancement d'alerte, c'est davantage la construction d'un régime protecteur unifié à l'encontre des représailles qui retiendra notre attention.

Il serait alors possible de soutenir que ces deux impératifs imposent de garantir une certaine sécurité au salarié, afin de lui permettre d'envisager sereinement la contestation d'une discrimination ou la révélation d'informations, sans craindre d'avoir à supporter le coût d'une dégradation subséquente de sa situation (*e.g.* conditions d'emploi). Dans cette

---

730 HALDE & OIT, *Présentation du 3e baromètre de l'égalité de la HALDE et de l'OIT*, 2010, p. 3.

731 IFOP, DDD et OIT, *Baromètre sur la perception des discriminations au travail – Vague 7*, 2014, p. 18.

732 CSA (Consumer science & analytics), DDD et OIT, *Perceptions des discriminations au travail : regards croisés salariés du privé et agents de la fonction publique. Synthèse de l'Institut CSA. Baromètre 5ème édition*, 2012, pp. 25-26.

733 *Ibidem.*

734 Chappe, V-A., *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, thèse dactylographiée, École normale supérieure de Cachan., 2013, p. 318. V. encore p. 100 et 256.

optique, s'il importe de reconnaître l'utilité des instruments juridiques existant (I), leur incapacité manifeste à neutraliser les effets du risque de représailles invitent à envisager des perspectives complémentaires (II).

I. Les mécanismes classiques de protection à l'encontre des représailles

Il importe en premier lieu de ne pas sous-estimer le régime juridique protecteur qui a d'ores et déjà été développé en droit interne. Celui-ci se trouve désormais solidement consacré et repose principalement sur la sanction *a posteriori* et l'annulation rétroactive des actes de représailles (A). Pour autant, aussi utile soit-elle en ce qu'elle permet de rétablir le *statu quo ante*, cette protection intervient bien trop tardivement. La perspective du prononcé de mesures conservatoires en référé semble dès lors plus propice, non seulement en vue de sanctionner les représailles mais afin d'en diminuer les effets (B).

A. La sanction *a posteriori* ou l'annulation rétroactive des représailles

L'initiative est d'abord venue des systèmes internationaux et régionaux. La directive 76/207/CEE (article 7) et la Convention n° 158 de l'OIT de 1982 sur le licenciement (article 5) disposent toutes deux que le fait de formuler une plainte au niveau de l'entreprise ou de participer à des procédures contre un employeur ne constitue pas un motif valable de licenciement. Ce régime protecteur embryonnaire ne s'appliquait toutefois pas en dehors des représailles manifestées par la rupture du contrat de travail[735]. Dès 1998, la CJCE ouvrit la voie à une interprétation extensive de la catégorie des actes de représailles[736]. Les directives 2000/43/CE (article 9) et 2000/78/CE (article 11) ont entériné cette position en élargissant la protection contre « tout traitement ou toute conséquence défavorable » en réaction à une plainte ou une action en justice.
En droit interne, la protection se limitait au début des années 2000 – et depuis 1983 – aux dispositions de l'ancien article L123-5 – devenu L1144-3 – du Code du travail applicables au seul licenciement imposé en représailles à une action en justice visant à faire respecter les dispositions liées à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. La loi du 16 novembre 2001 ajouta utilement un article L122-45-2 – devenu L1134-4 – et un nouvel alinéa 3 à l'article L122-45 – devenu L1132-3 – qui élargissent la protection au licenciement imposé en représailles à la contestation en justice de tout type de discrimination ainsi qu'aux témoignages[737]. Des dispositions similaires furent intégrées à l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires[738]. De plus, la Cour de

---

735 V. Gratton, L. & Leclerc, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *Rev. trav.*, 2014, p. 321 et GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve, op. cit.*, p. 32-34

736 CJCE, *Belinda Jane Coote c. Granada Hospitality Ltd.*, 22 septembre 1998, aff. C-185/97, § 27.

737 V. not. Cass. Soc., 29 octobre 2013, n° 12-22.447, *Bull.* 2013, V., n° 252 : JurisData n° 2013-023928.

738 Ces dernières sont néanmoins plus précises mais plus restrictives en ce qu'elles spécifient les champs d'intervention de la mesure de rétorsion (recrutement, titularisation, rémunération, formation, évaluation, notation, discipline, promotion, affectation et mutation).

cassation généralisa en 2013 par voie prétorienne cette protection au-delà du champ matériel des discriminations en posant une nullité de principe des mesures de rétorsion, y compris en l'absence de texte[739]. La sanction *a posteriori* des représailles se trouve dès lors solidement consacrée en droit interne. Pour autant, le bénéfice de cette protection ne saurait être systématique et exige au contraire que certaines conditions soient cumulativement remplies.

La première est que l'acte intervienne dans le cadre d'une période considérée comme suspecte en raison de la proximité temporelle entre la mesure litigieuse et l'exercice du droit d'agir en justice ou de la liberté de témoigner. L'éventuelle concordance chronologique constitue alors un fait troublant indispensable qui pose les bases de la présomption de représailles et autorise à poursuivre sur le terrain de la causalité. Cette causalité doit être confirmée par la motivation de l'acte litigieux. Pour ce faire, il convient non seulement d'identifier une volonté de nuire mais également de lier cette volonté à l'action en justice de la victime, au témoignage ou au signalement. La seule mention dans la lettre de licenciement de l'action en justice, de la plainte, du témoignage ou du signalement suffit à le rendre illicite et permet de conclure à sa nullité[740] « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs formulés par l'employeur dans la lettre de licenciement »[741] dès lors que ces griefs seraient insusceptibles d'effacer le vice. Pour autant, les motivations sont rarement formalisées, ce qui tend à neutraliser la possibilité d'une preuve directe. Pour contourner cette difficulté, la jurisprudence fait le choix d'un glissement de l'objet de la preuve vers des éléments objectifs. Comme le soulignent Laurène Gratton et Olivier Leclerc, « le raisonnement est alors de type inductif et consiste à inférer de la réunion d'éléments objectifs l'existence d'une raison d'agir »[742] légitime. En résumé, pour faire sanctionner l'acte de représailles, le requérant doit établir la concordance temporelle et démontrer que la mesure mise en cause ne possède aucune justification objective légitime. En cas de représailles *prima facie*, il appartient à l'employeur de justifier sa mesure faute de quoi la rétorsion est établie – ce qui n'est pas sans rappeler le mécanisme de répartition de la charge de la preuve applicable en cas de discrimination *prima facie* en droit civil et en droit administratif[743].

---

739 V. not. Gratton, L. & Leclerc, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.*

740 Contrairement à ce qui a parfois pu être relevé, il ne s'agit pas de démontrer que « la mesure a été prise dans l'unique dessein d'entraver l'exercice légitime par le salarié de [ses] droits fondamentaux » (Gratton, L. & Leclerc, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit*). Cette conception impliquerait une causalité lourde qui reposerait sur l'exclusivité de la motivation.

741 V. not. Cass. Soc., 3 février 2016, n° 14-18.600, *Bull.*, n° 878 : JurisData n° 2016-001519. V. aussi Enjolras, L. « La protection du droit d'ester en justice des salariés contre leur employeur », *Rev. Trav.*, 2016, p. 433 ou Corrignan-Carsin, D., « Nullité du licenciement consécutif à des accusations non avérées de harcèlement moral », *JCP,* n° 21, 2009, II, p. 10092. V. encore Cortot, J., « Nullité d'un licenciement motivé en partie par l'action en justice du salarié », *DA,* février 2016.

742 Gratton, L. & Leclerc, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.*

743 Alors que certains n'hésitent pas à voir dans la décision du 6 février 2013 (Cass. Soc., 6 février 2013, n^{os} 11-11.740 à 11-11.748, *Bull.* 2013, V, n° 27 : JurisData n° 2013-001555) un renversement de la charge de la preuve sans fondement textuel explicite (*e.g.* Mouly, J., « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *Dr. Soc.*, 2013, p. 415, ou Bugada,

Un troisième facteur conditionne le bénéfice de la protection à l'encontre des rétorsions : la bonne foi de la victime. La nullité rétroactive de la mesure litigieuse se trouve en effet conditionnée par la bonne foi de celui ou celle qui agit en justice, témoigne de faits discriminatoires ou signale une alerte. Une telle condition permet d'écarter du bénéfice de la protection les comportements abusifs ou dilatoires[744]. La mauvaise foi doit pour cela être caractérisée et les juridictions ne peuvent se limiter à relever le dénigrement par le salarié de son supérieur hiérarchique par le biais de fausses accusations[745] ou de dénonciations calomnieuses[746]. Des dénonciations inexactes même calomnieuses ou pénalement répréhensibles ne sauraient systématiquement justifier un licenciement pour faute lourde[747]. Pour la Cour de cassation, statuer en ce sens, « sans s'expliquer sur le caractère calomnieux des propos [...], ni par suite rechercher si la salariée avait agi de mauvaise foi »[748] prive la décision de base légale. En effet, la mauvaise foi ne saurait résulter du seul fait d'avoir dénoncé des agissements estimés à tort comme étant constitutifs d'un délit ou d'un crime *in fine* non établi[749]. Encore faut-il que le salarié ait conscience de l'absence de véracité de ses affirmations et qu'en dépit de cela, il les relate délibérément[750]. Seule la diffusion consciente d'allégations mensongères permet en réalité de priver le salarié de protection à l'encontre d'une mesure de rétorsion[751].

La protection des victimes par la sanction des représailles est certes solidement établie. Cependant, les dispositions envisagées *supra* ne font que rétablir le *statu quo ante*. Elles annulent les conséquences des rétorsions par la réparation (*e.g.* restitution du salaire, réintégration) mais ne permettent pas de neutraliser l'effet de l'acte de représailles si bien que celui-ci, même temporaire, est réel. Or, cette réalité suffit à peser considérablement et négativement sur la contestation en justice d'une discrimination ou sur la décision du lancement d'alerte, tant au niveau du signalement auprès de l'autorité hiérarchique que des autorités judiciaires ou administratives, du Défenseur des droits ou encore au niveau de la sphère publique. Dès lors, cette modalité de protection ne présente pas les garanties

---

A., « Référé prud'hommal : réintégration du salarié sous CDD en cas d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice pour obtenir la requalification en CDI », *Rev. Proc.*, n° 4, 2013, comm. 107) d'autres restent prudents et interprètent la décision comme un maintien du partage de la preuve établi par l'art. L1333-1 du Code du travail, alinéas 2 et 3 (*e.g.* Orif, V., « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur face aux exigences du procès équitable », *Rev. Trav.*, 2014, p. 58).

744 V. not. Enjolras, L. « La protection du droit d'ester en justice des salariés contre leur employeur », *loc. cit.*

745 Cass. Soc., 30 mai 2007, n° 05-18.755 : JurisData n° 2007-039426 ; Cass. Soc., 29 septembre 2010, n° 09-42.057 : JurisData n° 2010-017087.

746 Cass. Soc., 5 juillet 2011, n° 10-19.561, Inédit.

747 V. encore Cass. Soc., 12 juillet 2006, n° 04-41.075, Bull. 2006, V, n° 245, p. 232 : JurisData n° 2006-034602 : « qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si la dénonciation formulée par le salarié était mensongère ou non, et, dans l'affirmative, si le salarié avait agi de mauvaise foi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

748 *Ibidem.*

749 Cass. Soc., 27 janvier 2009, n° 07-43.257 : JurisData n° 2009-046942. V. encore Cass. Soc., 10 mars 2009, n° 07-44.092, *Bull.* 2009, V, n° 66 : JurisData n° 2009-047388.

750 Cass. Soc., 7 février 2012, n° 10-18.035, Bull. 2012, V, n° 55 : JurisData n° 2012-001649.

751 V. Bossu, B., « Le licenciement prononcé en violation de la liberté de témoigner est nul », *JCP S*, n° 6, 2014, p. 1061ou encore Gratton, L. & Leclerc, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.*

suffisantes permettant d'assurer le droit à un recours effectif, pas plus qu'elle ne permet la viabilité du processus de signalement auquel sont astreints les lanceurs d'alerte, qui ne disposent pas réellement de la possibilité d'agir sans prendre le risque de s'exposer *intuitu personae* à de graves et possiblement durables actes de rétorsion pourtant illégaux. Inévitablement, se pose alors la question de l'opportunité du recours aux mesures conservatoires comme modalités alternatives permettant de compenser les carences d'une sanction intervenant bien trop tardivement.

B. Le recours aux mesures conservatoires prononcées en référé

Contrairement à la sanction *a posteriori* des représailles, la mesure conservatoire n'annule pas rétroactivement l'acte litigieux mais en suspend temporairement les effets. Peu sollicitée devant le juge des référés, elle représente pourtant un potentiel de protection des victimes de « discrimination-rétorsion » qui entendent contester le traitement subi tout en refusant d'endurer, même temporairement, les effets de la mesure. Le recours aux mesures conservatoires pourrait dès lors utilement renforcer la protection, au-delà de la simple sanction *a posteriori* de la discrimination fondée sur le signalement d'alerte ou de l'acte de représailles faisant suite à la saisine d'une juridiction.

Envisager le prononcé de mesures conservatoires implique de se placer au niveau de la conciliation de l'action en justice (pour la victime de discrimination) ou du signalement (pour le lanceur d'alerte) et du maintien en emploi du salarié requérant[752]. À cet égard, il est établi que le juge des référés est compétent pour ordonner la poursuite des relations de travail[753]. La loi du 9 décembre 2016 a de surcroît inséré un nouvel article L911-1-1 au Code de justice administrative qui dispose que « la juridiction peut prescrire de réintégrer toute personne ayant fait l'objet d'un licenciement, d'un non-renouvellement de son contrat ou d'une révocation en méconnaissance » des dispositions du Code du travail, du Code de la défense et de la loi Le Pors prohibant la discrimination à l'égard des lanceurs d'alerte. À noter que les évolutions jurisprudentielles ont récemment précisé les implications de ces ordonnances de référé. La première précision[754] est relative aux modalités de coexistence du recours au fond et du recours en référé. La seconde[755] est spécifique à l'office du juge des référés lorsqu'il statue sur la réintégration temporaire en emploi.

Concernant tout d'abord les modalités de coexistence du recours au fond et du recours en référé, la Chambre sociale de la Cour de cassation a d'ores et déjà eu l'occasion d'affirmer

---

752 Gratton, L. & Leclerc, O., « Action en justice et mesures de rétorsion », *loc. cit.*

753 Cass. Soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508, *Bull.* 1972, V, n° 425, p. 388 ; v. récemment Cass. Soc., 6 février 2013, *loc. cit.* ; Cass. Soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557 : JurisData n° 2016-012560. V. encore sur ces questions Mouly, J., « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *loc. cit.*

754 Cass. Soc., 1er avril 2008, n° 07-40.114, *Bull.* 2008, V, n° 79.

755 Cass. Soc., 6 février 2013, *loc. cit.*

que la première décision du juge des référés ordonnant la réintégration temporaire possède un caractère provisoire[756]. En outre, cette décision est dépourvue d'autorité de la chose jugée au principal[757]. En l'espèce, en dépit du prononcé d'une mesure conservatoire de maintien en emploi, la validation du licenciement au fond emporta cessation de la relation de travail sans nécessiter une nouvelle procédure de licenciement et sans égard accordé à l'élection intermittente du requérant au poste de délégué du personnel pendant la période de sa réintégration. Cette décision fournit un premier argument en faveur du recours aux mesures conservatoires visant à protéger les salariés discriminés agissant en justice ainsi que les lanceurs d'alerte ayant procédé à un signalement par le fait que la décision de maintien en emploi ne préjuge pas du fond de l'affaire (*e.g.* conformité du lancement d'alerte avec les articles 6 à 8 de la loi Sapin II) et demeure une décision provisoire et révocable visant la seule protection du salarié à titre préventif.

En complément, la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation établit que, lorsque la rupture d'un contrat à durée déterminée intervient en dehors des cas prévus légalement et fait suite à l'action en justice du salarié contre son employeur, « il appartient à ce dernier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice »[758]. En somme, dans l'hypothèse d'un licenciement dont les éléments de faits avancés par le requérant laissent présumer qu'il a été prononcé en représailles à l'action en justice ou au signalement du lanceur d'alerte, la charge de la preuve devant le juge des référés pèse sur l'employeur. En sus, la Chambre sociale estima que « le juge des référés peut, même en l'absence de disposition l'y autorisant[759], ordonner la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur »[760] (*e.g.* droit à la non-discrimination). Cet arrêt possède trois apports essentiels : il accroît le pouvoir du juge des référés, autorisé à ordonner la poursuite des relations contractuelles même en l'absence de disposition légale en ce sens ; il aménage le droit probatoire en posant une présomption de rétorsion dans le cas d'une sanction non justifiée et prononcée à la suite de l'action en

---

756 Conformément à l'art. 484 du CPC.

757 En vertu de l'art. 488 du CPC.

758 Cass. Soc., 6 février 2013, n^{os} 11-11.740 à 11-11.748, *loc. cit.*

759 Pourtant, comme le relève Alexis Bugada, la Cour de cassation s'était jusque-là montrée réticente à l'égard du « référé-réintégration » en l'absence de texte envisageant explicitement la nullité de la rupture du contrat de travail ou la violation d'une liberté fondamentale : Cass. Soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, *Bull.* 2001, V, n° 87 : JurisData n° 2001-008654 ; Cass. Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, *Bull.* 2003, V, n° 178 : JurisData n° 2003-019205. V. Bugada, A., « Référé prud'hommal : réintégration du salarié sous CDD en cas d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice pour obtenir la requalification en CDI », *loc. cit.* : « la Cour de cassation le crée, ici implicitement, sous couvert de l'atteinte à une liberté fondamentale garantie par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH. Cette entorse à la règle « pas de nullité sans texte » trouve néanmoins deux justifications indirectes, l'une légale, l'autre prétorienne. D'abord, l'article L. 1121-1 du Code du travail précise que nul ne peut porter atteinte à une liberté individuelle sans justification légitime et proportionnée. L'autre, trouve sa source dans le célèbre arrêt Clavaud relatif à la liberté d'expression du salarié (Cass. soc., 28 avr. 1988, n° 87-41.804 : JurisData n° 1988-000733 ; Bull. 1988, n° 257). Cette combinaison permet d'entrevoir la nullité de la décision patronale lorsque la liberté méconnue entre dans la catégorie des libertés fondamentales ».

760 V. art. R1455-6 du Code du travail.

justice du salarié (cette présomption pourrait être étendue à la sanction faisant suite au signalement déclenché par le lanceur d'alerte) ; il infirme l'exigence préalable d'un caractère indubitable de l'illicéité de la mesure litigieuse au stade du référé en vue de prononcer la réintégration en emploi.

En résumé, le juge des référés est compétent pour ordonner une mesure conservatoire enjoignant à la réintégration temporaire du salarié, discriminé ou/et lanceur d'alerte ; cette décision temporaire ne préjuge pas de la solution définitive, elle se veut dissociable de la décision sur le fond et ses effets sont par conséquent récusables ; elle est justifiée non par l'absence de bien-fondé de la sanction ou du licenciement mais par la nécessité d'assurer le droit à la non-discrimination du requérant, impliquant une protection du droit au recours effectif et, potentiellement, dans le cadre du lanceur d'alerte, une protection de la situation en emploi en cas de signalement ; elle est envisageable même en l'absence de texte ; elle peut reposer sur une présomption de rétorsion, dérivée de la concordance temporelle et de l'absence de justification et aboutissant *in fine* à une présomption de réintégration ; enfin, l'employeur peut le cas échéant défendre sa mesure en apportant les éléments objectifs justificatifs. Par conséquent, même si cette voie est jusque-là peu usitée, des mesures conservatoires permettent d'ores et déjà d'ordonner en référé la réintégration en emploi du salarié discriminé.

Pour autant, deux réserves doivent être soulignées. Premièrement, la jurisprudence « classique »[761] demeure peu favorable au prononcé par le juge des référés de mesures conservatoires ordonnant la poursuite du contrat de travail, en dépit de sa compétence[762]. Secondement, le constat d'Evelyne Serverin illustre la difficulté de la conciliation de l'action en justice et du maintien en emploi du salarié requérant dès lors que, en dépit de la protection juridique offerte par les mesures conservatoires, près de 98 % des actions prud'homales de salariés « ordinaires » sont engagées après rupture du contrat de travail[763]. Numériquement, la proportion d'actions en justice de salariés qui sont conduites à l'encontre de l'employeur et de manière concomitante à l'exécution des relations de travail s'avère extrêmement faible, voire insignifiante. Il serait par conséquent légitime d'émettre quelques doutes sur l'efficacité réelle des protections contre les mesures de représailles[764], y compris par le biais des mesures conservatoires prononcées en référé.

---

761 Mouly, J., « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *loc. cit.*

762 *Ibidem.*

763 V. Serverin, E., *Connaître la justice prud'homale pour améliorer son fonctionnement*, note à l'attention de M. le président Lacabarats, président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 2014,, p. 43 : « les recours des salariés « ordinaires » devant les CPH se font essentiellement dans un contexte de rupture de contrat de travail (166 233 demandes sur 169 189 demandes de salariés « ordinaires », soit 98 %) et leurs demandes principales visent majoritairement à contester le motif de licenciement (8 demandes sur 10) ». V. aussi Guillonneau, M. & Serverin, E., *L'activité des conseils de prud'hommes de 2004 à 2012, Continuité et changements*, Paris : Ministère de la justice, DACS, Pôle d'évaluation de la justice civile, septembre 2013, p. 3.

764 *Nota bene* : il est toutefois évident que sur les 98 % des salariés « ordinaires » agissant devant les juridictions prud'homales, tous n'ont pas subi de représailles.

Qu'elles annulent rétroactivement les effets matériels de la rétorsion (sanction *a posteriori*) ou ordonnent temporairement la suspension de ses effets (mesure conservatoire ordonnée en référé), les protections susmentionnées ne neutralisent ni les effets immédiats de la mesure litigieuse, même brefs[765], ni les effets susceptibles de s'exercer en amont, en prévision de son adoption. Or, c'est à ce stade que s'exerce l'effet dissuasif. L'acte discriminatoire posé en représailles, même éventuel, possède un effet certain, même temporaire, qui peut être anticipé comme un inconvénient supérieur au bénéfice du lancement d'alerte ou de l'action en justice. Le problème se résume alors au fait que les perspectives d'une sanction *a posteriori* de la rétorsion ou d'une suspension temporaire de ses effets ordonnée en référé – qui plus est éventuelles puisque demeurant conditionnées par le combat judiciaire – ne parviennent à compenser ce bilan coûts-avantages qui s'impose – instinctivement ou rationnellement – au détriment de l'alerte ou de la contestation en justice.

II. Des mécanismes complémentaires en vue d'une efficacité accrue du système de protection à l'égard des représailles

Plus qu'une sanction *a posteriori* ou qu'une diminution de ses effets, qui plus est incertaines, c'est bien la neutralisation de l'acte de représailles et plus encore de son simple risque, de sa potentialité, qu'il convient d'envisager afin d'ériger un système protecteur efficace. Celui-ci doit dès lors être préventif, qu'il procède de la suspension automatique – et donc prévisible – des effets de la rétorsion (A) ou, plus opportunément, de l'extension du statut de salarié protégé aux victimes de discrimination ainsi qu'aux lanceurs d'alerte (B).

A. La suspension automatique des effets de l'acte litigieux : vers une atteinte disproportionnée au pouvoir de direction de l'employeur ?

Considérant avec Jean Mouly que les mesures de protection de la victime de représailles sont justifiées « par le seul droit d'accès au juge [et] non par le bien-fondé de la prétention »[766], le droit à un recours effectif pourrait-il impliquer, par précaution, une suspension

---

765 Y compris dans l'hypothèse d'une mesure provisoire ordonnée en référé, il existe un temps où la mesure produit ces effets. La rapidité de l'intervention du juge permet certes d'en limite l'impact, d'où les appels de la doctrine à réduire ce délai. *E.g.* Enjolras, L. « La protection du droit d'ester en justice des salariés contre leur employeur », *loc. cit.* : « il conviendrait de façon optimale de réduire au maximum la durée de la procédure dans cette hypothèse - à l'instar de la procédure accélérée prévue en cas de prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié -, afin de libérer les parties d'une situation délicate ». V. encore Thibierge, L. « Les sanctions des discriminations », *in* Gründler, T. & Thouvenin, J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport remis par la FIND (Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit) au Défenseur des droits et à la mission de recherche Droit et Justice, juin 2016, p. 208 : « il est concevable que le juge se prononce plus tôt. Certes, pas avant la discrimination : cela relèverait de l'art divinatoire. Mais on peut imaginer que le juge statue après l'adoption de la mesure discriminatoire, mais avant qu'elle ne produise ses effets ».

766 Mouly, J., « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *loc. cit.*

automatique des effets de la mesure litigieuse en cas de seule concordance temporelle de cette mesure et de l'action en justice ? Parallèlement, serait-il possible de concevoir que la viabilité des modalités de signalement prévue par la loi Sapin II s'avère dépendante de la suspension automatique des rétorsions à l'égard du lanceur d'alerte ? L'optique d'un maintien ininterrompu en emploi[767] semble *a priori* plus efficace en vue d'annihiler l'ensemble des effets – matériels et immatériels – de l'acte de représailles – ou de son éventualité[768] – et ainsi garantir une action en justice ou un signalement serein pour le salarié. Mais alors, cette solution ne reviendrait-elle pas à porter une atteinte démesurée au pouvoir de direction de l'employeur qui se retrouverait privé de la possibilité de toute sanction disciplinaire à l'encontre du salarié ? C'est du moins ce que semble indiquer une partie de la doctrine, émettant de sérieuses réserves face à une politique judiciaire d'ores et déjà considérée comme étant trop favorable à la victime alléguée d'une mesure de rétorsion[769].

De prime abord, une suspension automatique et préventive peut en effet paraître manifestement démesurée. Elle serait nécessairement fondée sur la présomption simple de nullité de la mesure suspecte faisant suite à l'action en justice ou au signalement du requérant se prévalant de l'existence d'une rétorsion. Néanmoins, en l'absence d'intervention du juge à ce stade, et contrairement à la présomption simple qui s'applique en vue de la sanction des représailles, le caractère automatique de la suspension conduirait à faire disparaître l'obligation pour le salarié de démontrer l'absence de cause réelle du traitement défavorable imposé en représailles. La difficulté majeure reposerait alors sur le fait qu'une telle mesure reviendrait à priver temporairement l'employeur de son pouvoir de direction sans même que ne soit démontré l'usage abusif – car injustifié – de ce pouvoir.

Pour soutenir cette mesure qu'il défendait dès 2000, le GELD soulignait que l'exercice du pouvoir de direction se trouve déjà limité par les droits fondamentaux parmi lesquels figurent en bonne place le droit à la non-discrimination et le droit d'ester en justice. Invoquant la nécessité de protéger l'action en justice par le biais de ce dispositif, « au nom d'impératifs jugés supérieurs au pouvoir de direction de l'employeur »[770], le GELD avançait de manière audacieuse : « pendant toute une période, dont il convient de déterminer la mesure, l'employeur ne peut procéder au licenciement et/ou sanction du salarié qui a saisi

---

767 À noter ici que, selon Alexis Bugada, la décision Cass. Soc., 29 juin 2005, n° 03-42.099, *Bull.* 2005, V, n° 227 : JurisData n° 2005-029199, doit-être interprété comme un refus de consacrer le droit au maintien en emploi comme une liberté fondamentale. V. Bugada, A., « Référé prud'hommal : réintégration du salarié sous CDD en cas d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice pour obtenir la requalification en CDI », *loc. cit.*

768 V. Enjolras, L. « La protection du droit d'ester en justice des salariés contre leur employeur », *loc. cit.*

769 V. not. Chiss, R., « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *JCP S.*, n° 36, 2010, p. 1339 ou Bossu, B., « Le licenciement prononcé en violation de la liberté de témoigner est nul », *loc. cit.*, ou encore Corrignan-Carsin, D., « Nullité du licenciement consécutif à des accusations non avérées de harcèlement moral », *loc. cit.*

770 GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve, op. cit.*, p. 33.

le Conseil de prud'hommes en vue de faire établir une pratique discriminatoire de l'employeur en matière de formation, de qualification... Le licenciement et/ou la sanction prononcés pendant cette période de protection seraient présumés nuls car portant *a priori* atteinte à un droit fondamental »[771]. Là encore, un mécanisme équivalent pourrait être envisagé non seulement pour assurer la sérénité du recours en justice mais, plus simplement et en amont, pour permettre au lanceur d'alerte de divulguer certaines informations, notamment auprès de sa hiérarchie. Pour renverser cette présomption simple, selon le GELD, il appartiendrait à l'employeur de prouver « que le licenciement et/ou sanction reposent sur une autre cause, sans lien avec l'action en justice, dont les juges examineraient le caractère réel et sérieux »[772]. Contrairement à la sanction *a posteriori* ou à la mesure conservatoire ordonnée en référé, un tel mécanisme serait semble-t-il en mesure de garantir une stabilité à la victime de discrimination qui exercerait ses droits en annihilant l'effet dissuasif d'une dégradation même temporaire – mais souvent déterminante – de ses conditions d'emploi.

Cependant, rares sont les auteurs qui estiment que la situation de dépendance du salarié crée un déséquilibre qui doit être compensé par une régulation du pouvoir disciplinaire patronal. Jean Mouly est de ceux-là. Selon lui, afin de permettre la contestation juridictionnelle de la discrimination, il convient de mobiliser le principe de l'égalité des armes pour « anéantir toute mesure de pression ou de rétorsion »[773] à disposition de l'employeur. Plus encore, il convient de « stigmatiser clairement le comportement de l'employeur », « de prendre en compte la subordination juridique du salarié pour, au moins provisoirement, la neutraliser » et de « sanctuarise[r] la période du procès [ou du processus de signalement pour le lanceur d'alerte, ndlr] pendant laquelle le pouvoir disciplinaire [...] doit être muselé pour ne pas interférer avec la procédure en cours »[774].

Les mots sont forts et résonnent en faveur d'une « mis[e] entre parenthèse »[775] du pouvoir de sanction assimilable, en soi, à une menace dans un contexte d'opposition et de conflit d'intérêts.
Pour autant, cette position favorable à la victime est loin d'être majoritaire au sein de la doctrine pour laquelle les concessions juridiques évoquées *supra* constituent d'ores et déjà des précautions excessives. La préoccupation est alors inversée : « n'est-on pas revenu, au prix du principe de l'égalité des armes, à une situation de déséquilibre entre les parties au procès, mais au détriment de l'employeur ? »[776]. Cette interrogation est valable à différent niveaux et les auteurs remettent en cause : un régime de nullité à deux vitesses concernant

---

771 *Ibidem.*
772 *Ibidem.*
773 Mouly, J., « La soumission du pouvoir disciplinaire au principe de l'égalité des armes en cas de litige entre l'employeur et le salarié », *Dr. Soc.*, 2013, p. 1055.
774 *Ibidem.*
775 *Ibidem.*
776 Chiss, R., « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *loc. cit.*

les actes nuisibles, défavorable au défendeur accusé à tort[777] ; une définition de la mauvaise foi trop favorable[778] à la victime potentielle[779] ; ou encore un partage de la preuve outrepassant les nécessités imposées par l'égalité des armes[780]. En somme, pour beaucoup, « les normes légales ont été interprétées de manière extrêmement souple au point qu'il est permis de se demander si la Cour de cassation n'aurait pas créé un déséquilibre... dans l'autre sens », auquel cas, « ce procès ne serait-il pas lui-même devenu intrinsèquement inégalitaire »[781] ?

Face à ces réticences, la question demeure celle de savoir si l'exigence nouvelle d'une suspension automatique et préventive de la mesure litigieuse, rappelons-le, sans que le requérant n'ait à établir son absence de justification, n'aboutirait pas finalement à une compensation excessive des inégalités de positions. Le professeur Mouly relevait lui-même à l'issue de sa diatribe contre le pouvoir de direction de l'employeur : « sans doute, ce pouvoir ne doit-il pas être totalement paralysé, en particulier pour le cas où le salarié commettrait une faute sans rapport avec le litige en cours ; mais il resterait néanmoins placé sous haute surveillance »[782]. Cette dernière considération nous invite à envisager une solution alternative : celle de l'extension du statut de salarié protégé, à la fois à la victime de discrimination qui entend contester ce traitement en justice mais aussi, en amont, au lanceur d'alerte qui tenterait de suivre les étapes de signalement – aussi rigoureuses et périlleuses soient-elles – qui lui sont imposées par la loi.

B. La protection par l'extension du statut de salarié protégé

Un compromis apparaît alors envisageable. À défaut de suspension automatique des effets de la mesure suspecte qui suit chronologiquement l'action en justice ou le signalement, ne pourrait-il pas être envisagé de conférer à la victime potentielle un statut de salarié protégé ? En emploi, tant la sanction disciplinaire que le licenciement demeureraient possibles. Simplement, en cas de contestation judiciaire ou de signalement préexistant, le requérant ou lanceur d'alerte ne pourrait être sanctionné qu'après respect de la procédure relative aux salariés protégés. En supplément des étapes normales de la procédure (*e.g.* entretien préalable de licenciement), l'employeur devrait dès lors solliciter le comité

---

777 Corrignan-Carsin, D., « Nullité du licenciement consécutif à des accusations non avérées de harcèlement moral », *loc. cit.* : « si la victime d'un prétendu harcèlement moral peut obtenir la nullité de son licenciement, qu'en est-il de l'auteur présumé d'un harcèlement qui a été injustement licencié ? Lavé de tout soupçon, il pourra certes demander réparation du préjudice subi [...] mais il ne pourra pas obtenir la nullité de son licenciement... ».

778 Rappelons qu'il ne suffit pas que l'information soit erronée mais qu'existe une volonté de dénoncer, témoigner ou relater des faits en dépit de la connaissance de l'inexactitude des informations.

779 Bossu, B., « Le licenciement prononcé en violation de la liberté de témoigner est nul », *loc. cit.*

780 Bugada, A., « Référé prud'hommal : réintégration du salarié sous CDD en cas d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice pour obtenir la requalification en CDI », *loc. cit.*

781 Chiss, R., « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *loc. cit.*

782 Mouly, J., « La soumission du pouvoir disciplinaire au principe de l'égalité des armes en cas de litige entre l'employeur et le salarié », *loc. cit.*

d'entreprise pour avis consultatif via un vote à bulletin secret. Surtout, il devrait informer l'inspecteur du travail pour que celui-ci vérifie la réalité du motif de la mesure (*e.g.* sanction disciplinaire, licenciement, modification unilatérale du contrat de travail ou des conditions d'emploi, non-renouvellement du contrat à durée déterminée) et veille à ce qu'elle soit dépourvue de lien avec l'action en justice ou le signalement du salarié.

La légitimité de cette hypothèse se trouve par ailleurs renforcée par le mandat conféré à l'inspecteur du travail[783]. À l'instar du régime applicable aux salariés protégés « classiques »[784], ce dernier rendrait une décision motivée et notifiée valant avis conforme pour l'employeur. En cas de non-respect de cette exigence procédurale, deux solutions pourraient être envisagées. La première serait de reprendre le dispositif existant selon lequel le manquement à cette procédure expose l'employeur à des poursuites pénales pour délit d'entrave passible d'un an et de 3 750 euros d'amende. La seconde serait de déduire de ce manquement une présomption d'absence de justification de la mesure autorisant, cette fois de manière plus raisonnable, la suspension automatique de ses effets.
Quant à la durée de ce statut de salarié protégé, elle serait évidemment temporaire. Dans le cadre d'une protection de l'action en justice, le bénéfice du statut pourrait éventuellement s'étendre au-delà de l'action en justice considérant que d'anciens salariés protégés sont couverts jusqu'à six mois après l'échéance de leur mandat. Néanmoins, une telle extension semble peu propice dans le cas d'une mesure de protection justifiée par la nécessité de garantir l'accès au juge. Sa limitation au temps de la procédure juridictionnelle, jusqu'à la date de la décision définitive, semble ainsi plus cohérente avec les principes qui la fondent. Dans le cadre du lancement d'alerte, il serait alors possible d'envisager une protection calquée sur la durée de prescription du délit d'entrave énoncé à l'article 13 de la loi du 9 décembre 2016, soit cinq années à compter du signalement.

En conclusion, tout en prenant soin de ne pas basculer vers des mécanismes de protection perçus comme excessifs au détriment de l'employeur, cette troisième modalité de protection à l'encontre des représailles serait susceptible de compléter le dispositif reposant actuellement sur la sanction *a posteriori* et le prononcé de mesures conservatoires en référé. En raison de son caractère préventif, elle pourrait être perçue comme un facteur de sécurisation de l'emploi, d'atténuation de la crainte des représailles, de garantie du recours et de viabilisation du processus de lancement d'alerte, sans que ne soit toutefois portée une atteinte démesurée au pouvoir de direction de l'employeur. Soulignons que ces éléments et les garanties présentées par le statut de salarié protégé ne sont pas sans lien avec le développement particulièrement prégnant de la jurisprudence sociale relative à la

---

783 Art. L8113-5 du Code du travail « Les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application : 1° Des dispositions des articles L. 1132-1 à L. 1132-4 du Code du travail et de celles de l'article 225-2 du Code pénal, relatives aux discriminations ».

784 V. liste à l'art. L2411-1 du Code du travail.

discrimination syndicale[785], ce qui tend à attester d'une protection relativement efficace. Élargi à l'ensemble des motifs de discrimination, un tel mécanisme pourrait opportunément assurer la protection à la fois de l'action en justice du requérant ainsi que la viabilité du processus légal de signalement de l'alerte dont le degré d'exigence s'avère d'ores et déjà difficilement compatible avec le lancement d'alerte et les risques d'une telle démarche. À terme, par ce procédé, serait bien visée une contribution significative à la réalisation du droit à la non-discrimination ainsi qu'à la protection des lanceurs d'alerte.

*

La protection pénale des lanceurs d'alerte dans le cadre de la relation de travail
Par Francis Habouzit

« *Vous verrez bien ainsi que je n'ai fait de concession à personne au mépris de la justice, par crainte de la mort, même si, en ne cédant pas, je mettais par la même occasion ma vie en péril.*[786] » Prononcée par Socrate lors de son procès, ces mots décrivent parfaitement l'essence de la *parrêsia*, à la fois vertu, devoir et procédé. À l'instar de cette pratique antique de la véridiction, l'alerte « *est à situer [...] dans ce qui lie le locuteur au fait que ce qu'il dit, c'est la vérité, et aux conséquences qui suivent du fait qu'il dit la vérité*[787] ».

Constatant à la fois que l'action des lanceurs d'alerte contribue « *à renforcer la transparence et la responsabilité démocratique*[788] » mais que ces derniers « *sont souvent confrontés à l'indifférence, à l'hostilité, voir, pire encore, à des représailles*[789] », le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe « *recommande aux États membres de disposer d'un cadre normatif, institutionnel et judiciaire pour protéger les personnes qui, dans le cadre de leurs relations de travail, font des signalements ou révèlent des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général*[790] ». C'est dans cette optique, et « *dans la lignée des suggestions issues d'un rapport du Conseil d'État*[791] », que les dispositions de la loi Sapin II[792] sur les lanceurs d'alerte sont intervenues en France[793]. S'inscrivant dans le cadre

---

[785] En ce sens, v. Mercat-Bruns, M. & Perelman, J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées,* rapport remis par l'École de droit de Science po Paris au Défenseur des droits et à la mission de recherche Droit et Justice, juin 2016, p. 90-91.

[786] PLATON, *Apologie de Socrate ; Criton*, coll. GF, Flammarion, 3e éd., 2005, p. 112.

[787] Michel FOUCAULT, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collègue de France. 1982-1983*, Coll. Hautes études, EHESS Gallimard Seuil, 2008, p. 56.

[788] Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte, adoptée par le Comité des Ministre adoptée le 30 avril 2014.

[789] Exposé des motifs de la Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte, adoptée par le Comité des Ministre adoptée le 30 avril 2014.

[790] Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte, adoptée par le Comité des Ministre adoptée le 30 avril 2014.

[791] François BARRIERE, « Les lanceurs d'alerte », *Revue des sociétés*, n° 1, 2017, p. 191.

[792] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

plus large du renforcement de la transparence de la vie publique et économique, le chapitre II[794] de cette loi dispose pour la première fois d'un « *régime général de protection des lanceurs d'alerte*[795] » qui « *remplace et abroge les mesures particulières précédemment adoptées en leur faveur et dispersées, jusque-là, dans différents textes*[796] ».

Depuis le 9 décembre 2016, le lanceur d'alerte est alors défini comme suit en droit français :

> « *Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance*[797] ».

Ce sont les personnes correspondant à cette définition[798], à l'exception de celles qui signalent ou révèlent des faits portant atteinte au secret de la défense nationale, au secret médical et au secret des relations entre un avocat et son client[799], qui bénéficient de la protection associée au « *statut des lanceurs d'alerte*[800] ». Force est de constater que cette définition opère un partage entre les lanceurs d'alerte qui correspondent au statut légal et les autres ; les uns seront protégés et les autres punis[801]. Il ne s'agit donc pas simplement pour le législateur de défendre un comportement citoyen mais de gouverner l'alerte afin de pouvoir la faire fonctionner en adéquation avec les autres intérêts de la vie économique et publique, tels que la protection des secrets ou la présomption d'innocence.

---

[793] CE, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Étude adoptée le 25 février 2016 par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État, 135 p.

[794] Art. 6 à 16 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, regroupés dans un chapitre intitulé « *De la protection des lanceurs d'alerte* ».

[795] Emmanuel DERIEUX, « Transparence et probité de la vie économique « Alerte manquements » », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 133, 2017.

[796] *Ibid.*

[797] Al. 1 de l'art. 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[798] Pour une explicitation des critères de la définition du lanceur d'alerte dans la loi Sapin II v. notamment : Éric ALT, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte. À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP G*, n° 4, 23 janvier 2017, doctr. 90 ; François BARRIERE, « Les lanceurs d'alerte », *loc. cit.* ; Raphaële PARIZOT, « Les renversements de la responsabilité pénale (Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ; Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ; Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique) », *RSC*, n° 2, p. 363.

[799] Al. 2 de l'art. 5 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[800] Exposé des motifs de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[801] À titre d'exemple, la définition de l'art. 6 de la loi Sapin II exclut du statut des lanceurs d'alerte les personnes morales, les personnes ayant perçu une rémunération ou encore les personnes ayant signalé une contravention.

Parrêsiaste en ce qu'il dit la vérité en acceptant un « *risque indéterminé*[802] », le lanceur d'alerte participe à ses dépens, « *de manière désintéressé et de bonne foi*[803] », à la vie démocratique. Sur le fondement de cette dimension éthique, le législateur a instauré des mécanismes de protection ayant pour objet de rationaliser le coût d'énonciation de l'alerte pour son auteur. Dans ce dispositif, le droit pénal a un rôle majeur pour deux raisons. Premièrement, signaler ou révéler « *un crime ou un délit [...] ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général*[804] » n'empêche pas son auteur de commettre une infraction, telle une violation de secret professionnel[805]. En second, l'auteur d'une alerte, suite à sa prise de parole, peut être confronté à des comportements hostiles à titre de représailles ou cherchant à faire obstacle au signalement. Dans ces situations, le droit pénal peut intervenir pour protéger l'auteur d'une alerte contre l'engagement de sa responsabilité ou contre d'éventuelles sanctions dans le cadre « *de la relation de travail*[806] ». Mais, dans cette contribution, nous nous limiterons à l'étude des dispositions pénales protégeant les lanceurs d'alerte dans le champ professionnel, indifféremment dans le secteur public ou privé et « *indépendamment de la nature de leur relation de travail et du fait qu'[ils] sont ou non rémunér[és]*[807] ». Seront ainsi considérées, toutes réactions hostiles au lanceur d'alerte provenant de son employeur, de son supérieur hiérarchique, de ses collègues ou de toute autre personne intervenant dans le cadre de la relation de travail[808].

Afin de mesurer l'étendu et la valeur de la protection pénale contre ces comportements hostiles, nous devons rechercher quel est l'apport du droit pénal au dispositif de protection des lanceurs d'alerte. A-t-il été cantonné aux fonctions d'un droit accessoire, venant sanctionner le non respect des obligations définies par la loi Sapin II[809], ou bien, consacre-t-il comme valeur protégée la dimension éthique de l'alerte[810] consistant à signaler ou révéler « *de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit [...] ou*

---

[802] Michel FOUCAULT, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collègue de France. 1982-1983*, Coll. Hautes études, EHESS Gallimard Seuil, 2008, p. 60.

[803] Al. 1 de l'art. 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[804] *Ibid.*

[805] Sur l'articulation entre le secret et le droit d'alerte v. notamment : *Secret et liberté d'expression des lanceurs d'alerte. Quelles articulations réciproques ?*, Jean-Philippe FOEGLE, Serge SLAMA (dir.), Colloque, CREDOF-CTAD, Université Paris Nanterre, 29 septembre 2017 ; et sur la question spécifique du secret de la défense nationale : Céline CHASSANG, Francis HABOUZIT, « Les lanceurs d'alerte et le secret de la défense nationale », *Revdh*, 2018 (à paraître).

[806] Annexe à la Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte, adoptée par le Comité des Ministre adoptée le 30 avril 2014.

[807] *Ibid.*

[808] Pour une étude de la protection des lanceurs d'alerte contre les sanctions pénales v. la contribution de Madame Céline CHASSANG à ce rapport.

[809] « *Il faut ici rappeler qu'un perception très commune conduit à ne voir dans les dispositions pénales que leur dimension répressive. Pourtant, la menace de sanction peut recouvrir des projets bien distincts qui, parfois, également se chevauchent.* » : Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 12.

[810] Le droit pénal est fondamentalement un droit autonome et expressif définissant pour notre société un ordre public et des valeurs sociales protégées. Sur le premier Code pénal et son « rôle constitutif » v. Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, *op. cit.*, p. 8.

une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général[811] ». La protection pénale repose-t-elle sur des dispositions spécifiques, fondées sur le statut des lanceurs d'alerte, ou alors, est-elle essentiellement composée de dispositions protégeant d'autres valeurs ? Finalement, au travers de ces questionnements sur le rôle et les outils du droit pénal dans le dispositif de protection, c'est à la recherche de la portée du statut des lanceurs d'alerte que nous souhaitons contribuer.

Dans le but d'appréhender la diversité des comportements hostiles aux lanceurs d'alerte, nous avons choisi d'établir une distinction entre les atteintes destinées à faire obstacle au signalement et celles ayant directement pour objet de nuire à son auteur. Dès lors, nous considérerons d'abord la sanction des entraves à l'encontre de l'alerte (I), avant d'envisager, la répression des représailles à l'encontre de son auteur (II).

I.Les entraves à l'encontre de l'alerte

L'employeur ou le supérieur hiérarchique, confronté à une alerte qui risque de révéler des informations compromettantes, des activités illégales ou des pratiques amorales, peut être tenté, par divers moyens, d'empêcher la procédure de signalement d'arriver à son terme. L'alerte et son auteur peuvent ainsi être mis en difficulté, voire contrecarrés, par différents obstacles constituant des entraves aux signalements. Afin de garantir le fonctionnement de l'alerte, la protection pénale doit alors s'articuler autour de la sanction de l'omission de mise en œuvre des procédures de recueil des signalements (A) et de la répression des atteintes à leur déroulement (B).

A. L'omission de mise en œuvre des procédures de recueil des signalements

Les procédures de recueil des signalements sont des dispositif d'alerte destinées non seulement à recueillir les signalements mais également à les traiter afin de pouvoir vérifier et agir contre les atteintes ou les risques à l'intérêt général révélés. Dans le développement d'un droit de l'alerte, la promulgation de la loi Sapin II est un événement en ce qu'elle impose la mise en œuvre de dispositifs généraux, destinés à recevoir la majorité des signalements et à remplacer d'anciens dispositifs sectoriels[812]. Malgré cette consolidation, complémentaire à un statut unique du lanceur d'alerte en droit français, notre ordre juridique impose toujours aux entreprises et organismes une pluralité de dispositifs. Dès

---

[811] Al. 1 de l'art. 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[812] L'art. 15 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a notamment abrogé l'art. 1 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte dont l'al. 1 permettait aux personnes physiques et morales de révéler des faits en matière de santé publique et d'environnement : « *Toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement.* »

lors, il est nécessaire de parcourir les différentes obligations de mise en œuvre des procédures de recueil (1) avant d'entreprendre l'analyse de leur sanction (2).

1. Les obligations de mise en œuvre des procédures de recueil

Bien que les auteurs de signalement soient en mesure de rechercher une assistance auprès du Défendeur des droits[813], les alertes ne sont pas recueillies et traitées par une autorité spécifique. La loi Sapin II a en effet recentré la responsabilité de l'alerte sur les personnes morales et les organismes d'où émane les signalements puisqu'ils ont l'obligation de mettre en œuvre différentes procédures de recueil.

D'abord, le III de l'article 8 de la loi Sapin II dispose que des « *procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'État, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ». Bien que ce ne soit pas précisé dans la loi du 9 décembre 2016, ce dispositif « d'alerte éthique » est *a priori* de portée générale, c'est-à-dire qu'il a vocation à recevoir des signalements portant sur l'ensemble du champ matériel défini à l'article 6. La loi Sapin II dispose ensuite, pour les personnes citées au I de l'article 17[814], d'une seconde obligation de mise en œuvre d'un dispositif de recueil des signalements[815]. Les personnes visées par ce texte doivent en effet mettre en place un « *dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société*[816] ». Enfin, le législateur est venu introduire dans le Code de commerce l'obligation pour les sociétés mères et les sociétés donneuses d'ordre, dans le cadre de leur devoir de vigilance envers leurs filiales, d'établir une procédure de recueil

---

[813] IV de l'art. 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et article unique de la loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

[814] I de l'art. 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : « *I. - Les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues au II.* »

[815] Cette seconde procédure est le corollaire de l'obligation pour ces personnes morales, sur le fondement du 4° du II de l'art. 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, de définir un « *code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence* ».

[816] 2° du II de l'art. 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

spécifique[817]. En conséquence, malgré la portée générale du mécanisme de l'article 8 de la loi Sapin II, le législateur a toute de même fait le choix d'introduire des procédures visant des situations particulières. Cependant, la diversité des dispositifs de recueil ne remet pas en cause le mécanisme unique de l'alerte consacrée par l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016.

En accord avec la Recommandation du Conseil de l'Europe, le législateur impose effectivement un fonctionnement indérogeable de l'alerte en trois temps. Un lanceur d'alerte doit, au préalable de toute révélation, porter les faits « *à la connaissance [de son] supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de [son] employeur ou d'un référent désigné par celui-ci*[818] ». En l'absence de diligences de la part du destinataire du signalement relatives à la vérification de sa recevabilité, l'auteur peut alerter l'autorité judiciaire, l'autorité administrative ou les ordres professionnels concernés. Enfin, ce n'est qu'en « *dernier ressort*[819] » et « *à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I dans un délai de trois mois*[820] » que le lanceur d'alerte peut rendre public son signalement. Le III de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 dispose néanmoins qu'en « *cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I* » ou « *être rendu public*[821] ».

Ce fonctionnement commun aux différents dispositifs d'alerte a la charge d'opérer la conciliation entre le renforcement de la transparence de la vie publique et économique et la protection des personnes visées par les signalements. La diffusion graduée de l'alerte, en autorisant un contrôle de la véracité des faits par un tiers et en déterminant l'octroi du régime de protection, rationalise à la fois l'alerte et les risques pesant sur l'auteur du signalement[822]. Toutefois, malgré la déclaration de conformité partielle de la loi à la constitution et la publication du premier décret d'application, des doutes persistent quand à l'interprétation à donner à certains termes de la réglementation du fonctionnement de

---

[817] Art. L225-102-4 du Code de commerce introduit par l'ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés, suite à la déclaration de non conformité à la constitution de cet article lors de l'examen *a priori* de la loi du 27 mars 2017 par le Conseil constitutionnel : CC, n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

[818] I de l'art. 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[819] Al. 3 du I de l'art. 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[820] *Ibid.*

[821] II de l'art. 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[822] Il convient de noter que des doutes ont pu être émis sur le fait que le régime de protection soit subordonné au respect du fonctionnement gradué consacré par la loi car ce conditionnement n'est pas indiqué dans l'art. 6 de la loi Sapin II. Toutefois, nous pouvons relever que les articles qui disposent des mesures de protection mentionnent l'exigence du respect « *des procédures de signalements définies par la loi* », ou plus précisément, « *des articles 6 à 8* » de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

l'alerte[823]. Il est notamment difficile de savoir ce que constituent les « *diligences* » à la charge du référent désigné pour recueillir les alertes, ou encore, ce que constitue un « *délai raisonnable* »[824]. Or, en l'absence de jurisprudence, il est impossible pour le lanceur d'alerte de savoir avec certitude à partir de quel moment il peut transmettre son signalement aux autorités, sans pour autant perdre le bénéfice du statut dont dispose la loi[825]. Dès lors, procéder à la transmission d'un signalement comporte toujours un aléa dangereux pour la personne physique qui met en jeu sa situation professionnelle et juridique pour alerter d'une atteinte ou d'un risque à l'intérêt général.

Par un fonctionnement gradué conditionnant l'octroi du statut protecteur, le législateur a pu à la fois rationaliser l'alerte et les risques pesant sur son auteur. Dans ce nouveau cadre, les personnes visées par la loi du 9 décembre 2016 ont la charge de mettre en œuvre différentes procédures de recueil afin de permettre le développement de ce nouvel outil de renforcement de la démocratie. Cependant, en l'absence de sanction de l'omission de mise en œuvre de ces procédures (2), le respect de ces obligations resterait subordonné au bon vouloir des personnes visées par la loi Sapin II.

2. Les sanctions de l'omission de mise en œuvre des procédures de recueil

Alors que l'omission de mise en œuvre des procédures de recueil a pour effet de rejeter ostensiblement le fonctionnement de l'alerte consacré par la loi Sapin II, le législateur a fait le choix de ne pas incriminer ce comportement[826]. Toutefois, avant de conclure à l'absence de sanction du non respect de l'obligation de mise en œuvre des dispositifs d'alerte, il est nécessaire d'examiner successivement le rôle de l'Agence française anti-corruption (AFAC) et de la nouvelle sanction pénale de mise en conformité.

Succédant au Service central de prévention de la corruption, ce nouveau « *service à compétence nationale, placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget, [a] pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de*

---

[823] CC, 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC, Loi relative à la transparence, à lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[824] I de l'art. 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[825] Le 1° du II de l'art. 5 du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État dispose que la procédure mise en place par l'organisme doit indiquer le « *délai raisonnable et prévisible nécessaire à l'examen de sa recevabilité et des modalités suivant lesquelles il est informé des suites données à son signalement* ». Cependant, ce dernier ne correspondra pas nécessairement au délai raisonnable visé par l'art. 8 de la loi Sapin II, notamment dans l'éventualité où il serait excessif ou dilatoire.

[826] Au premier abord, l'étonnement est d'autant plus fort que la vie des affaires n'est pas étrangère au droit pénal. À titre d'exemple, l'art. L242-10 du Code de commerce punit de 6 mois et de 9000 euros d'amende le fait, « *pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme, de ne pas soumettre à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire les comptes annuels et le rapport de gestion prévus à l'article L. 232-1* ».

favoritisme[827] ». Dans le cadre de son office défini à l'article 3 de la loi Sapin II, l'AFAC a pour fonction de contrôler le respect des obligations et procédures énumérées au II de l'article 17. Il s'agit d'un ensemble de mesures de lutte contre la corruption et divers manquements à la probité parmi lesquels l'obligation, pour les personnes visées au I de cette disposition, d'instaurer un « *dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société*[828] ».

S'il n'existe pas d'incrimination d'omission de mise en œuvre de cette obligation, il relève donc de la compétence de l'AFAC de contrôler et de sanctionner les manquements à ces dispositions. Suite à leurs constatations, le magistrat qui dirige l'agence peut choisir de donner un avertissement à la société et ses représentants, de saisir la commission des sanctions de l'AFAC d'enjoindre à l'entreprise d'adapter ses procédures de conformité internes ou de prononcer une sanction pécuniaire[829]. Le législateur a ainsi préféré substituer à une infraction, pouvant donner lieu à un procès pénal, un simple « *manquement*[830] » réprimé par des sanctions administratives. Au demeurant, plutôt que d'analyser le choix de ce système répressif, nous préférons pour cette contribution en souligner le champ matériel. L'office de l'AFAC ne porte effectivement, en ce qui concerne la protection des lanceurs d'alerte, que sur la procédure de recueil des signalements internes. Le dispositif de portée générale de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 semble dès lors une obligation légale dénuée de toute sanction. Afin de confirmer ce constat, nous devons néanmoins envisager l'objet de la nouvelle sanction pénale de mise en conformité

L'article 18 de la loi Sapin II introduit, dans notre Code pénal et notre Code de procédure pénale, une nouvelle sanction visant uniquement les personnes morales et recherchant la mise en conformité de celles-ci avec leurs obligations légales relatives à la lutte contre la corruption et aux autres manquements à la probité. Lorsqu'elle est prévue par la loi, cette dernière peut être prononcée à titre de peine par une juridiction pénale, suite à une condamnation, ou à titre d'obligation par le Procureur de la République, dans le cadre d'une convention judiciaire d'intérêt public emportant l'extinction de l'action publique[831]. Au premier abord, nous pourrions être satisfait de l'introduction dans le Code

---

[827] Art. 1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
[828] 2° du II de l'art. 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
[829] Les sanctions pécuniaires dont dispose le IV de l'art. 17 de la loi Sapin II peuvent atteindre 200 000 euros pour une personne physique et 1 000 000 d'euros pour une personne morale.
[830] IV de l'art. 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
[831] Art. 131-39-2 du CP, 41-1-2 et 764-44 du CPP. Il convient de noter que, contrairement au mécanisme de la composition pénale dont elle s'inspire, la convention judiciaire d'intérêt public, non seulement n'implique pas de reconnaissance de culpabilité et n'est pas inscrite au bulletin n°1 du casier judiciaire, mais précise expressément que l' « *ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation* » : II de l'art. 41-1-2 du CPP.

d'une mesure contribuant à sanctionner l'omission de mise en œuvre de dispositifs d'alerte. Cependant, il convient de fortement nuancer ce constat. D'abord, cette nouvelle sanction ne vient pas réprimer un manquement aux obligations légales de la loi Sapin II mais punir la commission d'infractions telles que la corruption ou le trafic d'influence. Dans ce cas, non seulement la protection pénale des lanceurs d'alerte est indirecte mais elle n'intervient qu'*a posteriori* de la commission d'une infraction grave. Ensuite, l'étude du contenu de cette sanction, défini à l'article 131-39-2 du Code pénal, ne fait que renforcer notre désillusion. La sanction de mise en conformité ne fait que reprendre, mot pour mot, les dispositions du II de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016[832].

Autrement dit, cette sanction n'impose aucune nouvelle obligation aux personnes déjà visées par le I de l'article 17 de la loi Sapin II, à l'exception de la prise en charge des frais occasionnés par le recours à des experts. Le texte de l'article 131-39-2 du Code pénal ne fait qu'imposer à la personne morale l'obligation « *de se soumettre, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, pour une durée maximale de cinq ans, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures définies au II* ». D'ailleurs, aucune mesure de contrainte n'est prévue par le Code pénal[833], par plus que par l'article 764-44 du Code de procédure pénale, pour sanctionner la mauvaise exécution de la peine[834]. Cette nouvelle sanction pénale ne peut être lue en définitive que comme un doublet des dispositions de la loi Sapin II ne définissant de nouvelles obligations que pour l'AFAC, qui doit rendre compte annuellement de la mise en œuvre de cette peine au procureur de la République, et pour les personnes non visées par le I de l'article 17 de la loi Sapin II. Dès lors, la sanction de mise en conformité comporte le même défaut que les pouvoirs de l'agence, elle ne peut pas sanctionner l'absence de mise en œuvre du dispositif d'alerte du II de l'article 8 de la loi Sapin II.

La répression de l'omission de mise en œuvre des procédures de recueil est extrêmement limitée, avec un rôle pour le droit pénal anecdotique, illustrant une nouvelle fois la « *gestion différentielle des illégalismes*[835] ». Or, ces mécanismes de recueil des signalements sont essentiels à la protection et au développement de l'alerte. Le choix du

---

[832] À l'exception du 8° du II de l'art. 17 qui dispose de l'obligation de mettre en place un « *dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre* ».

[833] À titre de comparaison, l'art. 132-47 du CP dispose qu'une personne physique qui ne respecte pas les obligations auxquelles elle est assujettie au titre d'un sursis mise à l'épreuve pourra voir son sursis partiellement ou totalement révoqué par le juge d'application des peines.

[834] En revanche, dans le cadre de la convention judiciaire d'intérêt public, le procureur de la République doit mettre en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau, si la personne morale ne respecte pas les obligations prononcées dans le cadre de la convention, si elle se rétracte ou si le juge ne valide pas la convention.

[835] Pour une explicitation détaillée de la notion de « gestion différentielle des illégalismes » de Michel Foucault v. Pierre LASCOUMES, « Le grondement de la bataille. Illégalismes et relativité des catégories juridiques pénales dans "Surveiller et punir" », in *Actes. Les cahiers d'action juridique*, n° 54, « Foucault hors les murs », 1986, p. 84-89 ; pour une étude particulièrement didactique sur la gestion différentielle des illégalismes en droit v. Pierrette PONCELA, « De la diversité des sanctions juridiques. Variation sur le traitement différentiel des illégalismes », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerkhove*, Françoise TULKENS, Yves CARTUYELS et Christine GUILLAIN (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 67-78.

législateur de ne pas incriminer l'omission de mise en œuvre du dispositif d'alerte éthique est d'ailleurs d'autant plus incohérent qu'il est intervenu pour incriminer les atteintes aux procédures de recueil des signalements (B).

B. Les atteintes aux procédures de recueil des signalements

L'existence des procédures de recueil des signalements est indispensable au développement et à la rationalisation de l'alerte dans notre société. Néanmoins, le respect par les personnes visées par la loi Sapin II des obligations de mise en œuvre de ces dispositifs n'est qu'une première étape. Afin d'assurer l'effectivité de ces procédures, il est nécessaire de réglementer leur déroulement et de sanctionner les irrégularités pouvant porter atteinte à l'alerte et à son auteur. Dans ce but, le législateur a introduit dans la loi plusieurs incriminations spéciales (1). Pour autant, il ne faut pas négliger l'apport éventuel des infractions du Code pénal (2) à la protection des lanceurs d'alerte.

1. Les incriminations spéciales

La loi du 9 décembre 2016 ne dispose que de deux infractions pénales relatives à la protection des lanceurs d'alerte[836]. Ces délits incriminent respectivement l'entrave à la transmission d'un signalement et la divulgation de l'identité de l'auteur d'une alerte.

Lorsque le législateur a introduit l'obligation de mettre en œuvre des dispositifs de recueil, il a fait le choix de laisser à la discrétion des personnes le soin de déterminer les modalités procédurales de la transmission et du traitement des signalements émanant des salariés, des travailleurs occasionnels ou extérieurs. Le décret d'application[837] laisse en effet une grande marge de manœuvre aux entreprises[838], afin qu'elles adaptent au mieux de leurs pratiques les procédures de signalement.

Ainsi, il n'existe pas de mécanisme-type de recueil mais uniquement un ensemble d'obligations à respecter[839]. Cependant, l'ensemble des dispositifs créés doit respecter le fonctionnement unique de l'alerte dont dispose l'article 8 de la loi Sapin II. L'incrimination des comportements hostiles à l'alerte porte ainsi tout d'abord sur ce mécanisme commun à

---

[836] La loi du 9 décembre 2016 dispose d'une autre infraction mais qui ne pourrait concerner les lanceurs d'alerte que très indirectement. Il s'agit de l'al. 5 de l'art. 4 qui incrimine « *le fait de prendre toute mesure destinée à faire échec à l'exercice des fonctions dont les agents habilités [de l'Agence française anticorruption] mentionnés au présent article sont chargés* ».

[837] Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État.

[838] Clarisse LE CORRE, « Réflexions pratiques sur la mise en œuvre du dispositif d'alerte professionnelle », *Revue Lamy Droit des affaires*, n°125, 2017.

[839] L'art. 6 du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État dispose par exemple de l'obligation pour l'organisme de diffuser la « *procédure de recueil des signalements qu'il a établie par tout moyen, notamment par voie de notification, affichage ou publication, le cas échéant sur son site internet, dans des conditions propres à permettre à la rendre accessible aux membres de son personnel ou à ses agents, ainsi qu'à ses collaborateurs extérieurs ou occasionnels* ».

toutes les procédures. Le I de l'article 13 de cette loi dispose que : « *Toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement aux personnes et organismes mentionnés aux deux premiers alinéas du I de l'article 8 est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.* ». À la lecture de cette disposition plusieurs remarques s'imposent. Premièrement, il convient de souligner le champ personnel indéfini de l'infraction, autorisant l'engagement de la responsabilité de toute personne ayant empêché la transmission d'un signalement, peu important l'appartenance à la personne morale ou à l'organisme d'où émane l'alerte.

Deuxièmement, il est possible de regretter que seuls les signalements aux référents et aux autorités soient protégés au titre de ce texte. Ce choix du législateur s'explique peut être par la volonté de ne pas créer une hypothèse de concours d'infractions avec l'incrimination d'entrave à la liberté d'expression[840]. Néanmoins, en tout état de cause, les entraves à la révélation d'informations au public, en dernier ressort ou justifier par l'urgence, sont exclues du périmètre de ce délit. Troisièmement, précisons qu'il n'est pas nécessaire que le comportement d'entrave ait réussi à atteindre son but - l'interception du signalement - pour que l'élément matériel de l'infraction soit constitué. Les infractions d'entraves sont en effet, classiquement en droit pénal du travail, des infractions formelles qui n'exigent pas la survenance d'un résultat[841]. L'élément matériel de l'infraction porte simplement sur la mise en œuvre de moyen de nature à caractériser une entrave[842]. Enfin, le I de l'article 13 de la loi Sapin II précise que l'acte matériel incriminé peut-être réalisé « *de quelque façon que ce soit* », dès lors, selon toute vraisemblance, est punie l'entrave à la transmission d'un signalement par des actes positifs comme par une omission[843]. Le I de l'article 13 de la loi Sapin II, en ce qu'il incrimine largement les obstacles à la transmission des signalements, est un élément central de la protection pénale des lanceurs d'alerte. Au demeurant, le régime de protection est complété par l'incrimination de divulgation de l'identité de l'auteur d'une l'alerte.

Si le législateur a laissé un grande marge de manœuvre aux personnes et organismes dans la définition des procédures de recueil d'alertes, il a néanmoins précisé l'exigence de « *stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par*

---

[840] V. *infra*.

[841] Diane HENNEBELLE, « La place de l'infraction formelle en droit pénal du travail : regard d'un travailliste », *Droit social*, 2001, p. 935-947 ; pour une illustration du caractère formel des infractions d'entrave v. notamment Crim., 17 mars 1976, Bull. crim. n°100.

[842] Concernant l'infraction d'entrave aux institutions représentatives des salariés, la « *Cour de cassation a eu l'occasion d'indiquer depuis longtemps déjà que l'élément matériel du délit est constitué dès que sont mis en œuvre des moyens de nature à caractériser une entrave indépendamment de la survenance du résultat visés par l'agent* » : Alain COEURET, Élisabeth FORTIS et François DUQUESNE, *Droit pénal du travail. Infractions responsabilités, procédure pénale en droit du travail et de la sécurité sociale*, Lexis Nexis, 6e éd., « Manuel », 2016, p. 429.

[843] D'ailleurs, en matière d'obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un agent de contrôle de l'inspection du travail, la Cour de cassation retient l'omission comme comportement caractérisant l'infraction de l'art. L8114-1 du Code du travail : Crim. 14 octobre 2008, n°07-84365, Bull. crim. n°209 ; *RSC* 2009, p. 393.

celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement[844] ». Sur ce point, il semble avoir suivi le Comité des ministres[845] en rejetant l'idée d'un signalement anonyme tout en garantissant la confidentialité de l'identité de l'auteur du signalement[846]. Cette conciliation entre la protection du lanceur d'alerte et la préservation de la présomption d'innocence des personnes visées est satisfaisante.

Néanmoins, il est regrettable que la loi n'impose pas que le référent soit une personne extérieure au service de l'auteur de l'alerte. Comme le note un commentateur de la loi, il est évidemment difficile d'effectuer un signalement à son supérieur hiérarchique alors même qu'il peut être lui-même l'objet de l'alerte[847]. En tout état de cause, afin de garantir l'effectivité de cette exigence de confidentialité, le législateur a institué un délit au II de l'article 9 de la loi Sapin II : « Le *fait de divulguer les éléments confidentiels définis au I est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende* ». Il convient de relever d'une part que le champ personnel de l'infraction n'est pas restreint aux référents mais inclut « l'ensemble *des personnes appelées à connaître du signalement*[848] ». À l'initiative d'Éric Alt[849], nous pouvons relever d'autre part que la confidentialité de l'auteur d'une alerte est bien protégée car la peine encourue est supérieure à l'année d'emprisonnement prévue pour la violation de secret professionnel[850]. Ainsi, tant par son champ d'incrimination que par la peine encourue en cas de divulgation, l'identité du lanceur d'alerte est bien protégée au titre du droit pénal.

Contrairement aux obligations de mise en œuvre des dispositifs d'alerte, le législateur a choisi de sanctionner pénalement les atteintes à la procédure de recueil par deux délits incriminant respectivement les entraves à la transmission du signalement et la divulgation de l'identité de son auteur. Cependant, avant de conclure sur l'étendu et la valeur de la protection pénale contre les entraves à l'encontre de l'alerte, nous devons encore mesurer le rôle que peuvent jouer les incriminations du Code pénal (2).

2. Les incriminations du Code pénal

---

[844] Al. 1 du I de l'art. 9 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[845] Annexe à la Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte, adoptée par le Comité des Ministre adoptée le 30 avril 2014 : « *Les lanceurs d'alerte devraient voir préservé le caractère confidentiel de leur identité, sous réserve de garanties d'un procès équitable.* ».

[846] Bien entendu, cette stricte obligation ne trouve pas à s'appliquer concernant la transmission de ces informations à l'autorité judiciaire : al. 3 du I de l'art. 9 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[847] François BARRIERE, « Les lanceurs d'alerte », *loc. cit.*

[848] Dernier al. du I de l'art. 4 du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État.

[849] Éric ALT, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte. À propos de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 », *loc. cit.*

[850] Art. 222-13 du CP.

Bien que la loi Sapin II dispose d'infractions spéciales, il ne faut pas omettre la contribution des incriminations du Code pénal au régime de protection des lanceurs d'alerte. La mobilisation de ces textes comporte en effet deux intérêts. D'une côté, ils complètent le domaine d'incrimination de la loi du 9 décembre 2016. De l'autre, ces dispositions autorisent, en cas de concours idéal d'infractions avec une infraction plus sévèrement réprimée, le prononcé de peines plus lourdes.

Précédemment, nous avons indiqué que l'entrave à la transmission d'un signalement au public n'était pas incriminée par le I de l'article 13 de la loi Sapin II. Afin de compléter la protection pénale des lanceurs d'alerte sur ce point, il semble possible de mobiliser deux infractions du Code pénal[851]. D'abord, le « *fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces* » ou « *à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations au sens du présent code,* » « *l'exercice de la liberté d'expression* » est puni respectivement d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende et de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende[852]. Protégé au titre de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[853], il ne fait aucun doute que le droit d'alerte relève de la liberté d'expression. En conséquence, il devrait être possible de mobiliser cette infraction pour compléter la protection du lanceur d'alerte révélant son signalement au public. Ensuite, l'article 432-1 du Code pénal dispose que le *« fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». Concernant les alertes émises dans des organismes publics, cette disposition pourrait éventuellement partager avec la précédente la capacité à pallier la lacune du délit d'entrave de l'article 13 de la loi Sapin II dans la mesure où la révélation au public d'une alerte est la dernière étape de la procédure de signalement prévue par la loi. D'ailleurs, cette infraction serait également intéressante car elle prévoit une peine encourue bien supérieure à la disposition de la loi du 9 décembre 2016.

En second lieu et en cas de concours idéal d'infractions, les dispositions du Code pénal plus sévères, incriminant des comportements de nature à constituer une entrave à la transmission d'un signalement, pourront cumulativement ou alternativement être retenues[854]. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient ici de relever quelques exemples de

---

[851] Éric ALT, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte. À propos de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 », *loc. cit.*

[852] Art. 431-1 du CP.

[853] V. notamment les arrêts CEDH, 12 févr. 2008, n° 14277/04, *Guja c/ Moldavie* ; 19 févr. 2009, n° 4063/04, *Marchenko c/ Ukraine* ; 21 juill. 2011, n° 28274/08, *Heinisch c/ Allemagne* ; 8 janv. 2013, n° 40238/02, *Bucur et Toma c/ Roumanie*.

[854] Le concours idéal d'infractions désigne en droit pénal la situation où un comportement unique est susceptible de constituer plusieurs infractions. Si elles protègent des intérêts distincts et qu'elles ne sont pas inconciliables, la juridiction de jugement peut retenir les deux qualifications et prononcer les peines prévues par les différents

dispositions pouvant être mobilisées afin de protéger les lanceurs d'alerte. Premièrement, le droit pénal punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait de menacer, par quelque moyen que ce soit, de commettre un crime ou un délit contre les personnes, lorsqu'elle est faite avec l'ordre de remplir une condition[855]. Aussi, le fait de menacer de la commission d'un crime ou d'un délit un lanceur d'alerte pour qu'il ne transmette pas un signalement aux autorités judiciaires pourra, non seulement être poursuivi sur le fondement du I de l'article 13 de la loi Sapin II, mais également sur le fondement des menaces d'atteintes aux personnes, punies plus sévèrement par la loi. En second, l'article 312-10 du Code pénal incrimine le « *fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque* ».

De nouveau, le fait de faire chanter l'auteur d'une alerte pour qu'il renonce à la transmission de son signalement pourra, en sus du délit d'entrave à la transmission d'un signalement, être qualifier de chantage et dès lors être puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

Malgré l'existence d'infractions spéciales, il ne faut pas négliger l'apport des dispositions du Code pénal à la protection des lanceurs d'alerte, que ce soit pour compléter le domaine d'incrimination ou pour aggraver la répression des comportements d'entrave. C'est d'ailleurs la conjonction de ces deux ensembles d'infractions qui permet de conclure à une protection pénale adaptée, tant par son domaine que par ses sanctions, aux comportements hostiles dont peut être l'objet l'alerte durant la procédure de signalement.

Ce bilan satisfaisant de la protection pénale contre les atteintes à la procédure de signalement met d'autant plus en lumière les lacunes relatives aux sanctions de l'omission de mise en œuvre des dispositifs d'alerte. Malgré le pouvoir de sanction de l'AFAC et la création d'une sanction pénale de mise en conformité, la mise en place des procédures de recueil de l'alerte éthique demeure pour l'instant une obligation non sanctionnée. La protection contre les entraves à l'alerte apparaît ainsi comme un ouvrage inabouti en raison d'un usage contrasté du droit pénal par le législateur. Il reste alors à savoir si la répression des représailles à l'encontre de l'auteur de l'alerte (II) relève d'un même constat.

II.Les représailles à l'encontre de l'auteur de l'alerte

Les représailles désignent toute mesure ou comportement ayant pour finalité, non pas d'entraver les signalements, mais de nuire à une personne en raison de sa qualité de

---

textes : Crim., 3 mars 1960, bull. crim. n°138, *Ben Haddadi*. Néanmoins, les peines de même nature ne peuvent être prononcées que dans la limite du maximum légal encouru pour la plus sévère des qualifications. Si les infractions protègent des intérêts identiques alors la juridiction ne peut retenir que l'une des qualifications.

[855] Al. 1 de l'art. 222-18 du CP ; en outre, l'al. 2 de l'art. 222-18 du CP dispose que la « *peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende s'il s'agit d'une menace de mort* ».

lanceur d'alerte. Ces dernières peuvent prendre différentes formes (active ou passive[856]) et toucher l'auteur d'une alerte directement ou indirectement[857]. Comme le relève le Comité des ministres[858], la protection des lanceurs d'alerte contre les représailles est primordiale car, au-delà du caractère illégitime des sanctions fondées sur cette qualité, l'impunité et les conséquences des comportements hostiles à l'alerte pourraient avoir un effet dissuasif important sur les potentiels auteurs de signalements. Afin de mesurer l'apport du droit pénal à cette protection, nous examinerons successivement les représailles incriminées (A) puis celles qui ne le sont pas (B).

A. Les représailles incriminées

Contrairement aux entraves à l'alerte, le législateur a fait le choix de ne pas incriminer spécialement les représailles à l'encontre de l'auteur d'un signalement ou d'une révélation[859]. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe aucune protection pénale en ce domaine. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous développerons certaines dispositions de droit pénal général (1) et de droit pénal spécial (2) pertinentes pour appréhender, sur le fondement de la protection d'autres valeurs, les représailles à l'encontre de l'auteur d'une alerte.

1. Des dispositions de droit pénal général

Une mesure hostile à l'encontre d'un lanceur d'alerte peut, bien évidemment, provenir de la personne visée par le signalement qui, de manière isolée, peut chercher à nuire à la personne l'ayant dénoncé. Cependant, les mesures de représailles peuvent aussi être prises sur le fondement d'une culture d'hostilité à l'encontre des lanceurs d'alerte dans une entreprise ou à l'initiative d'un ordre de l'employeur. Dans ces situations, il est nécessaire que le droit pénal intervienne pour éviter l'impunité de la personne morale comme celle des instigateurs de mesures de représailles.

Depuis le nouveau Code pénal, le droit français dispose des outils nécessaires pour engager la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou leurs représentants[860]. À l'exception de l'État et des

---

[856] Il peut s'agir de mesures disciplinaires (forme active) comme d'un refus de promotion ou d'accès à une formation (forme passive).

[857] La Recommandation du Conseil de l'Europe admet notamment comme représailles les sanctions à l'encontre de l'entourage du lanceur d'alerte.

[858] Annexe à la Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte, adoptée par le Comité des Ministre adoptée le 30 avril 2014.

[859] Effectivement, nous ne considérons pas que le délit d'entrave, défini au I de l'art. 13 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, puisse être applicable à des mesures de représailles, en ce qu'il vise expressément le fait de faire obstacle à la transmission du signalement et non un comportement hostile postérieur à l'alerte.

[860] La Cour de cassation interprète de manière stricte l'art. 121-2 du CP et exige que l'organe ou le représentant ayant commis une infraction imputable à la personne morale soit identifiée : Crim., 11 avril 2012, n° 10-86974,

Collectivités territoriales pour les activités insusceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public[861], les personnes morales peuvent se voir condamner sur le fondement de l'article 121-2 du Code pénal. Non exclusif de la responsabilité des personnes physiques[862], ce mode d'imputation légale de l'infraction autorise l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales pour les actes de leur représentant, commis dans leur intérêt et ayant un lien avec leurs activités[863]. Ainsi, un dirigeant d'entreprise ou l'un de ses délégataires, qui prend des mesures de représailles constituant une infraction à l'encontre de l'auteur d'un signalement, afin d'éviter par exemple que l'entreprise n'ait à faire face à de nouvelles dénonciations, permettra l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale.

En second lieu, l'engagement de la responsabilité pénale des complices complète la protection des lanceurs d'alerte contre les représailles. En droit français, le complice est puni comme l'auteur de l'infraction, il encourt ainsi les mêmes peines que la personne ayant commis l'acte incriminé[864]. Le droit pénal général autorisent premièrement la condamnation de la personne qui, sciemment, par aide ou assistance, a facilité la préparation ou la commission d'une infraction[865]. Le référent d'un dispositif d'alerte qui révèle l'identité de l'auteur d'un signalement pourra en conséquence, non seulement voir sa responsabilité pénale engagée sur le fondement de l'article 9 de la loi Sapin II, mais également sur le fondement de la complicité, si cette information a facilité la commission d'une infraction. En second, constitue en droit pénal un complice, la personne qui « *par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre*[866] ». Cette disposition autorise alors l'engagement de la responsabilité pénale d'un dirigeant d'entreprise ou d'un chef de service qui aurait donné la consigne de prendre des mesures de représailles à l'encontre de l'auteur d'un signalement. L'instigateur de mesures de représailles pourra donc être puni comme l'auteur de l'infraction.

D., 2012, p. 1381 ; *RSC*, 2012, p. 375 ; *RSC*, 2012, p. 375. Cependant, si l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales exige la caractérisation d'une infraction commise par un organe ou un représentant, l'imputation de celle-ci n'est pas conditionnée à la mise en mouvement de l'action publique contre la personne physique.

[861] « *Est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public toute activité ayant pour objet la gestion d'un tel service lorsque, au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation* » : Crim., 3 avril 2002, Bull. crim. n° 77, *RSC*, 2002, p. 838, obs. Geneviève GIUDICELLI-DELAGE ; *RSC*, 2002, p. 810, obs. Bernard BOULOC ; *RSC*, 2004, p. 341, obs. Élisabeth FORTIS.

[862] Al. 3 de l'art. 121-2 du CP.

[863] Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 3e éd., 2014, « Manuel », p. 804-806 ; Xavier PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 9e éd., 2018, p. 335.

[864] Art. 121-6 du CP.

[865] Al. 1 de l'art. 121-7 du CP.

[866] Al. 2 de l'art. 121-6 du CP.

L'hypothèse des représailles à l'encontre d'un lanceur d'alerte recouvre des situations très diverses. Mais, lorsque les comportements hostiles constituent des infractions, les règles d'engagement de la responsabilité pénale garantissent un vaste domaine répressif capable de toucher tant les personnes morales que les supérieures hiérarchiques, instigateurs de mesures de représailles. Pour autant, afin d'engager la responsabilité pénale de la personne morale ou du complice, une infraction primaire doit toujours être pleinement caractérisée à l'encontre d'une personne physique.

2. Des dispositions de droit pénal spécial

A priori, la nécessité d'incriminer spécialement un comportement n'est fondée qu'en l'absence de dispositions existantes capables d'appréhender l'acte visé. Or, le Code pénal dispose de nombreuses infractions capables de recouvrir les comportements de représailles dont pourrait être l'objet l'auteur d'une alerte.

Le statut des lanceurs d'alerte repose principalement sur la prohibition et la nullité des mesures discriminatoires en droit du travail. La protection de la relation de travail est en effet au centre du dispositif défini par la loi Sapin II et prôné par la Recommandation du conseil de l'Europe. Néanmoins, ces mesures peuvent avoir pour conséquence de maintenir le salarié, le fonctionnaire ou le bénévole, dans une situation hostile. Le droit pénal peut alors intervenir pour réprimer certains des comportements à l'origine d'un environnement de travail malveillant. Les infractions de harcèlement moral et sexuel sont à mobiliser en premier lieu. L'article 222-33-2 du Code pénal incrimine notamment les « *propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

L'article 222-33 du même code, quant à lui, incrimine « *le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* », mais aussi « *le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* ». En second lieu, nous devons évoquer les infractions de violences volontaires[867] qui sont intéressantes, en complément des infractions de harcèlement, car elles peuvent viser des violences psychologiques qui n'entreraient pas dans le champ des articles 222-33 et 222-33-2 du Code pénal[868]. En troisième lieu et en réponse aux dispositions mobilisables à

[867] V. notamment les art. 222-11 et s. et l'art. R624-1 du CP.

[868] La jurisprudence de la Cour de cassation admet que des actes de nature à causer un choc émotif, même sans atteinte à l'intégrité physique, peuvent caractériser l'infraction de violences ; v. notamment Crim., 18 mars 2008, n° 07-86075, Bull. crim. n° 65, *Droit pénal*, 2008, n° 6, comm. 84 ; *RSC*, 2008, p. 587 ; *Gaz. Pal.*, 2008, n° 248, p. 13. D'ailleurs, l'art. 222-14-3 du CP, introduit par une loi du 9 juillet 2010, dispose que « *les*

l'encontre des entraves à l'alerte, nous pouvons indiquer que la mise à exécution d'une menace constituant un chantage est punie à l'article 312-11 du Code pénal de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

Nous pourrions, sans aucun doute, ajouter à cette liste l'injure publique[869], la diffamation[870], ou encore la dénonciation calomnieuse[871], sans pour autant établir un catalogue exhaustif. Ce rapide panorama a toutefois l'intérêt de souligner que les dispositions du Code pénal assurent une protection non négligeable contre de nombreuses formes de représailles constituant des infractions. Mais, au-delà de cette protection fondée sur d'autres valeurs, il demeure des actes de représailles à l'encontre des lanceurs d'alerte non incriminés.

B. Les représailles non incriminées

Malgré la mobilisation des dispositions du Code pénal, certains comportements hostiles, destinés à nuire directement aux auteurs de signalements, ne peuvent être qualifiés d'infractions. Ainsi, il est impossible d'engager la responsabilité pénale d'un employeur ou d'un chef de service ayant pris des mesures discriminatoires (1) à l'encontre d'une personne relevant du statut des lanceurs d'alerte. Toutefois, cette qualité a été prise en compte par le législateur dans la protection de la bonne administration de la Justice pénale contre les abus du droit de se constituer partie civile (2).

1. Les mesures discriminatoires

Intervenant dans le cadre de la relation de travail, l'alerte peut susciter des mesures discriminatoires à l'encontre de son auteur, néanmoins, cette qualité n'est pas un motif de discrimination incriminé par le droit pénal.

Le législateur a modifié les articles concernant la prohibition des mesures discriminatoires dans le Code du travail[872], dans le Code de la défense[873] et dans la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires[874], afin d'intégrer comme nouveau motif illicite le fait d' « *avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8*[875] » de la loi Sapin II. Aussi, « *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de*

---

violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris lorsqu'il s'agit de violences psychologiques ».

[869] Al. 2 de l'art. 29 et art. 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

[870] Al. 1 de l'art. 29 et art. 32 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

[871] Art. 226-10 du CP.

[872] Art. L1132-3-3 du Code du travail.

[873] Art. L4122-4 du Code de la défense.

[874] Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

[875] Art. L1132-3-3 du Code du travail et 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat[876] », en raison de sa qualité de lanceur d'alerte, à condition qu'elle ait respecté la réglementation imposée par la loi Sapin II et ses décrets d'application.

Cependant, une « *distinction opérée entre les personnes physiques à raison de*[877] » leur bénéfice du statut des lanceurs d'alerte ne peut constituer une discrimination au sens des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. S'il est toujours possible de considérer qu'une incrimination de ce comportement n'est pas un élément indispensable au statut des lanceurs d'alerte, il est néanmoins incontournable de noter le manque de cohérence de la politique pénale du législateur sur ce point. En effet, aux articles suivants est qualifié de « *discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33*[878] » ou de « *bizutage définis à l'article 225-16-1 ou témoigné de tels faits*[879] ». Au titre des discriminations, un salarié qui prend la parole pour témoigner de faits de bizutage est dès lors mieux protégé que s'il signale, dans le cadre d'une alerte, des faits de corruption ou de blanchiment en bande organisée. À tout le moins, il est regrettable que le législateur n'est pas choisi de placer sur un pied d'égalité les discriminations fondées sur la qualité de lanceur d'alerte et celles fondées sur l'activité syndicale ou le fait d'avoir témoigné de faits de bizutage.

Des mesures discriminatoires fondées sur la qualité de lanceur d'alerte ne trouble-t-elle pas suffisamment l'ordre public pour être réprimées par le droit pénal ? Pour l'heure, le législateur a implicitement répondu par la négative, ce qui dénote l'absence de consécration de la dimension éthique de l'alerte en tant que valeur protégée et démontre la portée limitée du statut de lanceur d'alerte en droit pénal[880]. En revanche, la loi du 9 décembre 2016 prend en compte la qualité de lanceur d'alerte concernant la sanction de l'abus du droit de se constituer partie civile (2).

---

[876] Al. 1 de l'art. L1132-3-3 du Code du travail.
[877] Art. 225-1 du CP.
[878] Art. 225-1-1 du CP.
[879] Art. 225-1-2 du CP.
[880] Dans la continuité de l'absence d'incrimination des discriminations fondées sur la qualité de lanceur d'alerte, nous pouvons constater qu'aucune circonstance aggravante, générale ou spéciale, attachée à la qualité de lanceur d'alerte de la victime n'a été introduite par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

2. Les abus du droit de se constituer partie civile

Le législateur n'a pas introduit dans notre droit de texte incriminant spécialement les représailles contre les lanceurs d'alerte. Cependant, il a pris en compte cette qualité lorsqu'il a examiné la question des abus du droit de se constituer partie civile.

Parfois qualifiées de « *procédures-bâillons*[881] », les « *dénonciations téméraires*[882] », constitutives d'une faute au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil, peuvent faire l'objet d'une demande de dommages et intérêts devant les juridictions pénales lorsqu'elles ont pris la forme d'une constitution de partie civile, au titre de l'article 91 du Code de procédure pénale. De plus, lorsqu'elles ont été abusives ou dilatoires, ces constitutions portent également atteinte à la bonne administration de la Justice pénale[883]. Par conséquent, les articles 177-2 et 212-2 du Code de procédure pénale autorisent les juridictions d'instruction, dans l'éventualité d'un non-lieu à poursuivre, à prononcer à l'encontre de la partie qui a introduit l'instance une amende civile. Considérant le risque de constitutions abusives à l'encontre des auteurs d'un signalement, le législateur a introduit dans la loi du 9 décembre 2016 une disposition portant à 30 000 euros le maximum du montant de l'amende encourue en cas de plainte pour diffamation à l'encontre d'un lanceur d'alerte[884].

L'aggravation de l'amende civile pour les abus du droit de se constituer partie civile en matière de diffamation est une contribution indirecte et anecdotique de la loi Sapin II à la protection des lanceurs d'alerte. Elle est pourtant l'unique disposition de droit pénal spécifique aux mesures de représailles dont peuvent faire l'objet les auteurs de signalement.

À travers la protection d'autres valeurs sociales, le lanceur d'alerte bénéficie d'une protection étendue contre les représailles. Cependant, cette protection indirecte des auteurs de signalement souligne la faible portée du statut de lanceur d'alerte en droit pénal. Le choix du législateur de ne pas incriminer les discriminations fondées sur cette qualité démontre en effet l'absence de consécration de la dimension éthique de l'alerte comme valeur sociale protégée[885] et, par là, les limites de la protection pénale dans le cadre de la relation de travail.

---

[881] LIBCHABER, « Contre les procédures-bâillons : un éloge judiciaire de la doctrine », *D.*, n° 42, 2017, p. 2458-2464.
[882] Yves MAYAUD, « Les dénonciations téméraires », *Rép. pén. Dalloz*, avril 2016.
[883] Christian GUERY, « Instruction préparatoire », *Rép. pén. Dalloz*, juin 2013.
[884] II de l'art. 13 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
[885] « *Incriminer peut avoir aussi une valeur axiologique. On vise alors la reconnaissance de valeurs sociales nouvelles par l'énoncé de sanctions particulières. Ici la norme pénale a une fonction pédagogique et exige pour sa validité un certain degré d'application. Ainsi, les infractions révolutionnaires concernant le fonctionnement des élections ou bien celles, très actuelles, relatives aux discriminations à base sexuelle ou raciale correspondent à une volonté politique d'imposer de nouvelles valeurs, de faire respecter les droits de la*

La combinaison des incriminations spécifiques, définies par la loi du 9 décembre 2016, avec les dispositions du Code pénal compose une large protection pénale contre les entraves et les représailles dont peuvent faire l'objet l'alerte et son auteur. Cependant, le statut dont dispose la loi Sapin II échoue à introduire pleinement comme nouvelle valeur protégée la dimension éthique de l'alerte. C'est ce qui explique que l'essentiel du dispositif soit fondé sur les textes du Code pénal, protégeant d'autres valeurs, et que la qualité de lanceur d'alerte n'ait pas été ajoutée à la liste des motifs discriminatoires incriminés. L'absence de codification des deux délits créés par la loi du 9 décembre 2016 renforce d'ailleurs le constat d'un usage ponctuel du droit pénal dans la protection des lanceurs d'alerte. En outre, si les infractions du Code assurent une protection non négligeable à l'auteur d'un signalement, elles ne comblent pas pour autant les lacunes relatives aux sanctions du non-respect de l'obligation, pour autant fondamentale, de mise en œuvre des procédures de recueil des signalements. Cette protection inaboutie correspond en définitive à un usage superficiel du droit pénal par le législateur, insuffisant à nos yeux à protéger pleinement et de manière autonome le droit d'alerte, nouvelle garantie de notre démocratie contemporaine.

*

L'apport du droit pénal américain à la protection des lanceurs d'alerte

Par Johanna Schwartz-Miralles

La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin II ») a mis en place deux dispositifs de nature pénale afin de protéger les lanceurs d'alerte. Tout d'abord, la loi prévoit l'imposition de peines pour le non-respect du devoir pesant sur tout destinataire d'une alerte confidentielle de préserver la *« stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies »* [886]. Une violation de ce devoir est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Ensuite, la loi prévoit une peine pour des entraves aux signalements : le fait de faire obstacle à la transmission d'une alerte est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende[887]. La loi a en outre précisé, par la création d'un article 122-9 désormais inséré dans le Code pénal, qu'aucune responsabilité pénale ne peut résulter de la divulgation par un lanceur d'alerte d'un secret protégé (secret professionnel, par exemple), dès lors que la

citoyenneté ou l'égalité concrète de tous dans l'accès aux fonctions et services. » : Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, *op. cit.*, p. 12.

886 L. n° 2016-169, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi « Sapin II »), art. 9.

887 Ibid., art. 13-I.

divulgation a été faite dans le respect des règles établies par la loi Sapin II[888]. Ceci dit, la loi Sapin II n'a pas créé d'infraction pénale à l'égard d'une personne qui prendrait des mesures de rétorsion professionnelle ou personnelle contre un lanceur d'alerte en raison de son alerte.

En droit américain, comme sous la loi Sapin II, la protection du lanceur d'alerte est assurée principalement par des lois et des arrêts de jurisprudence (*common law rules*) qui interdisent des mesures de rétorsion professionnelle en raison d'une alerte[889]. De manière générale, la loi américaine proscrit une large gamme d'actes de rétorsion, allant du licenciement au non-renouvellement d'un contrat de travail, ou encore de la perte des opportunités professionnelles au harcèlement. Pour assurer l'effectivité de ces proscriptions, le lanceur d'alerte américain peut demander une réparation financière et parfois la réintégration auprès des tribunaux administratifs ou judiciaires.

En revanche, relativement peu de dispositifs américains prévoient des sanctions pénales en raison des représailles prises à l'égard d'un lanceur d'alerte : le droit civil et le droit administratif restent les sources principales de protection du lanceur d'alerte aux États-Unis.

Le droit pénal y joue pourtant un rôle secondaire, par deux biais. D'une part, par des dispositifs qui répriment, quoique de manière assez limitée, les actes de rétorsion à l'égard des lanceurs d'alerte (1), et d'autre part, par des règles qui prévoient la diminution des peines pour les personnes morales dont la responsabilité pénale est engagée et qui sont en mesure de démontrer qu'elles avaient mis en place un système efficace de *compliance* (conformité) avec des protections adéquates pour les lanceurs d'alerte (2). Les dispositifs du premier type, qui pénalisent les actes de rétorsion, restent très peu utilisés par les pouvoirs publics ; les incitations pénales à l'adoption des dispositifs d'alerte se sont démontrées bien plus efficaces que ces premiers dans la promotion de l'alerte éthique.

1/ Une répression pénale anémique des actes de rétorsion

La pénalisation des actes de rétorsion contre les lanceurs d'alerte ne figure que très ponctuellement parmi les nombreuses lois étatiques et fédérales américaines qui protègent les lanceurs d'alerte. La première loi à intégrer des sanctions pénales, et celle qui demeure la plus connue dans son genre, est la loi Sarbanes-Oxley[890], qui date de 2002. Cette loi est complétée par au moins une autre loi fédérale qui date de 2017, ainsi qu'une « poignée » de législations des États fédérés.

---

888 Ibid., art. 7.

889 V. M.P. MICELI et J.P. NEAR, *Blowing the Whistle : The Organizational & Legal Implications for Companies and Employees*, Lexington Books, 1992, p. 232 ; E.S. CALLAHAN et T.M. DWORKIN, « The State of State Whistleblower Protection », 38 *Am. Bus. L.J.* 99, 2000, p. 100.

890 Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 800.

La loi Sarbanes-Oxley. La loi Sarbanes-Oxley a été votée suite à la révélation, au début des années 2000, des fraudes comptables au sein de deux grands groupes américains, Enron et WorldCom. Ces entreprises cotées du New York Stock Exchange ont fait faillite quand il a été révélé - dans les deux cas par des salariés[891]- qu'elles manipulaient leurs bilans afin de dissimuler des dettes et des dépenses, et d'exagérer leurs bénéfices. Les fraudes comptables ont couté cher aux actionnaires, qui ont subi des pertes d'environ 70 milliards (Enron) et 186 milliards (WorldCom) de dollars[892]. La faillite des entreprises a également entraîné le licenciement de plusieurs milliers de salariés et un tollé général[893]. Deux élus du Congrès - Paul SARBANES, qui était à l'époque un sénateur démocrate, et Mike OXLEY, à l'époque membre républicain de la Chambre des représentants - ont ainsi présenté ensemble une proposition de loi destinée à augmenter les contrôles financiers et comptables des entreprises cotées. La proposition de loi, dite la loi Sarbanes-Oxley ou « SOX », a été adoptée par le Congrès à la quasi-unanimité. Parmi les multiples dispositifs de la loi SOX destinés à mieux contrôler la présentation des informations financières par les entreprises cotées en bourse, la loi a établi un régime de protection des lanceurs d'alerte.

Les dispositifs de protection des lanceurs d'alerte de la loi SOX. La loi SOX contient trois grands dispositifs de protection des lanceurs d'alerte. Premièrement, la loi oblige chaque entreprise cotée, ainsi que ses filiales, à mettre en place un système permettant à toute personne de porter à la connaissance du Conseil d'administration de l'entreprise des informations relatives aux manquements par l'entreprise à la loi financière ou comptable[894]. La loi SOX ne donne pas beaucoup de détails sur ce que doit comporter ce dispositif interne d'alerte, laissant à chaque entreprise, comme le fait d'ailleurs la loi Sapin II, la possibilité de créer un mécanisme adapté à ses propres besoins. La loi précise néanmoins que le salarié doit avoir la possibilité de fournir des informations au Conseil d'administration de manière anonyme et confidentielle[895]. Deuxièmement, la loi interdit des mesures de représailles prises à l'encontre d'un lanceur d'alerte ayant fourni des informations sur des manquements à la loi financière[896]. À l'instar de la majorité des dispositifs fédéraux américains de protection des lanceurs d'alerte, la loi SOX permet aux lanceurs d'alerte d'intenter une action administrative (avec la possibilité de faire appel aux tribunaux judiciaires) contre toute personne physique ou morale ayant pris des mesures de rétorsion à leurs égards[897]. Le lanceur d'alerte lésé peut obtenir réparation sous forme de dommages et intérêts ainsi que d'une réintégration, s'il le souhaite[898].

---

891 Voir L. FLAMENT et Ph. THOMAS, « Le "whistleblowing" : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *JCP S* 2005, 1277 ; S. PULLIAM et D. SOLOMON, « How Three Unlikely Sleuths Exposed Fraud at WorldCom », *The Wall Street Journal*, 30 oct. 2002.

892 Fortune, « Meet the market's biggest losers », http://archive.fortune.com/galleries/2010/fortune/1002/gallery.biggest_losers.fortune/10.html.

893 W. ZELLNER et S. ANDERSON FOREST, « The Fall of Enron », *Bloomberg*, 17 déc. 2001.

894 15 U.S.C. § 78j-1(m)(4).

895 Ibid.

896 Sarbanes-Oxley Act § 806(b), 18 U.S.C. § 1514A(b).

897 18 U.S.C. § 1514A(b) ; 29 C.F.R. § 1980.

898 18 U.S.C. § 1514A(c).

Troisièmement, et de manière assez innovante, la loi SOX prévoit la possibilité de sanctions pénales à l'encontre d'auteurs de représailles. La loi dispose que « *celui qui, en connaissance de cause et avec l'intention de prendre des mesures de représailles, porte préjudice à une personne, notamment en portant atteinte à l'emploi ou aux moyens d'existence de cette personne, pour avoir communiqué à un agent public des informations exactes sur la violation effective ou potentielle d'une loi fédérale* » sera puni de dix ans d'emprisonnement ou contraint à payer une amende[899]. Ce dispositif a été codifié dans la section 1513 du titre 18 du Code pénal fédéral, qui réprime la subornation de témoin.

Sur le nouveau crime de subornation de témoin créé par la loi SOX, quelques points sont à soulever. De prime abord, ce dispositif exige que les informations relatées soient « *exactes* », ce qui différencie ce dispositif de ceux autorisant des actions pour dommages-intérêts suite à une mesure de rétorsion professionnelle. Ces derniers permettent aux lanceurs d'alerte de maintenir une action pour dommages-intérêts à condition que le lanceur d'alerte ait eu des « *motifs raisonnables* » de croire à la vérité des informations[900].

Ensuite, si la loi SOX a été votée pour faire face à des fraudes comptables, la répression prévue par son dispositif pénal n'est pas ainsi limitée. Elle s'applique, en effet, à tout acte de rétorsion pris en raison d'une alerte lancée auprès de l'autorité publique, quelle que soit la nature de l'illégalité dénoncée[901]. Ainsi, si ce dispositif a ses origines dans la loi SOX, il fournit en principe une protection « globale » pour les lanceurs d'alerte victimes de représailles, se rajoutant aux dispositifs déjà en place qui répriment la subornation de témoin[902]. Le champ de protection du nouveau dispositif est cependant limité, puisque les actes de rétorsion ne sont pénalisés que si l'alerte est lancée auprès de l'autorité publique. Une mesure de rétorsion prise en raison d'un signalement interne ou d'une alerte auprès du public n'est pas punie.

Enfin, le crime créé par la loi SOX peut être constitué par tout acte de rétorsion ; il n'est pas limité à des actes de rétorsion professionnelle[903], et peut comprendre notamment des actes de violence, la destruction des biens, ou des menaces. Cela donne à la loi SOX une envergure potentiellement plus grande que la loi Sapin II, qui ne fournit de remède strictement qu'en cas de rétorsion professionnelle.

---

899 18 U.S.C. § 1513(e) : « *Whoever knowingly, with the intent to retaliate, takes any action harmful to any person, including interference with the lawful employment or livelihood of any person, for providing to a law enforcement officer any truthful information relating to the commission or possible commission of any Federal offense, shall be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both.* »

900 18 U.S.C. § 1514A(a)(1) (« reasonably believed »). Sur ce point, v. T.L. BANKS et F.D. BANKS (dir.), *Corporate Legal Compliance Handbook*, Wolters Kluwer, 2016, § 3.07.

901 R.J. NOBILE, *Human Resources Guide*, Warren Gorham Lamont, 2016, § 5:149.

902 V. L. CHAO, « Obstruction of Justice », 46 *Am. Crim. L. Rev.* 863, 2009.

903 T.L. BANKS et F.D. BANKS (dir.), *Corporate Legal Compliance Handbook*, op. cit., § 3.07.

National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2017. En 2017, le Congrès a adjoint à la loi SOX une deuxième loi fédérale qui permet l'imposition de sanctions pénales pour des représailles prises suite à une alerte[904]. Ce dispositif, qui fait partie de la National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2017, ne s'applique qu'aux membres des forces armées ; il a été adopté pour remédier au fléau des violences sexuelles subies par des militaires de sexe féminin. Mais comme pour la loi SOX, le législateur a choisi de sculpter un dispositif avec plus de « carrure » que le strict nécessaire afin de remédier au problème qui l'a inspiré. Ainsi, ce nouveau dispositif n'est pas limité aux alertes sur le harcèlement ou les violences sexuelles ; il autorise l'imposition des sanctions pénales aux militaires ayant pris ou menacé de prendre une mesure professionnelle défavorable à l'égard d'un lanceur d'alerte actuel ou potentiel, à condition que le lanceur d'alerte ait fait (ou compte faire) son signalement auprès d'un interlocuteur interne[905] ou auprès de l'autorité publique (les alertes auprès des médias ne sont pas protégées), et à condition que l'alerte porte sur un acte illégal, un acte de mauvaise gestion, le gaspillage, un abus de pouvoir, ou un danger *« grave et précis »* pour la santé ou la sécurité publiques. Les peines imposables ne sont pas précisées dans la loi ; elles restent à l'appréciation du tribunal militaire.

Dispositifs des États fédérés. Une petite minorité d'États fédérés ont également adopté des lois qui permettent l'imposition de sanctions pénales aux personnes ayant pris des mesures de rétorsion envers les lanceurs d'alerte. Il s'agit de la Californie[906], l'Illinois[907], l'Indiana[908], l'Iowa[909], ou encore le Dakota du Nord[910]. Comme souligné ci-après, ces dispositifs ne sont quasiment jamais, voire jamais, appliqués ; il convient de noter en outre que le champ d'application de ces dispositifs est limité, soit aux lanceurs d'alerte du secteur public (dans le cas de l'Indiana, l'Iowa et le Dakota du Sud), soit aux lanceurs d'alerte du secteur privé (dans le cas de l'Illinois), et que les peines autorisées sont plutôt faibles, allant de 625 à 10 000 dollars d'amende, et de 30 jours à une année de prison.

---

904 National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2017, Pub. L. No. 114-328, 130 Stat. 2000, § 5450. Sur ce dispositif, v. R.V. MEYER, « An Introduction to Whistleblower Protection Laws in the United States Military & the Recent Revisions by the Military Retaliation Prevention Act », in *Les lanceurs d'alerte : Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, dir. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, LGDJ, 2017, p. 356.

905 Ce dernier point différencie le dispositif de celui voté dans la loi SOX, qui ne punit que des mesures de rétorsion prises en raison d'une alerte auprès de l'autorité publique.

906 Cal. Gov't Code § 8547.8(b) : *« Any person who intentionally engages in acts of reprisal, retaliation, threats, coercion, or similar acts against a state employee or applicant for state employment for having made a protected disclosure, is subject to a fine not to exceed ten thousand dollars ($10,000) and imprisonment in the county jail for a period not to exceed one year »*. Pour les représailles contre les lanceurs d'alerte du secteur privé, les amendes sont légèrement réduites. V. Cal. Lab. Code § 1103 : *« An employer or any other person or entity that violates this chapter is guilty of a misdemeanor punishable, in the case of an individual, by imprisonment in the county jail not to exceed one year or a fine not to exceed one thousand dollars ($1,000) or both that fine and imprisonment, or, in the case of a corporation, by a fine not to exceed five thousand dollars ($5,000). »*

907 740 Ill. Comp. Stat. § 174/25 ; 730 Ill. Comp. Stat. § 5/5-4.5-55.

908 Ind. Code § 35-44.2-1-1(c) ; Ind. Code § 4-15-10-4(d) ; Ind. Code § 35-50-3-2.

909 Iowa Code §70A.28(4) ; Iowa Code § 903.1.

910 N.D. Cent. Code Ann. §34-11.1-08.

La mise en œuvre des dispositifs pénaux. Le droit pénal américain, et en particulier la loi SOX, met à la disposition des procureurs fédéraux américains un puissant outil pour réprimer les actes de rétorsion à l'égard des lanceurs d'alerte. La loi SOX permet en effet de réprimer tout acte de rétorsion, pris en défaveur d'un lanceur d'alerte, dès lors que l'acte de rétorsion a été commis en raison d'une alerte transmise à l'autorité publique sur des faits exacts qui sont relatifs à un acte illégal. Or, en réalité, quasiment aucune poursuite n'a été intentée sous ce dispositif depuis son adoption il y a seize ans[911]. Les dispositifs étatiques restent, eux aussi, très peu appliqués ; aucune poursuite ne semble avoir été entreprise[912]. Cette absence de répression pénale a permis à un auteur de conclure que la priorité américaine en matière de la protection des lanceurs d'alerte demeure *« de dédommager les victimes des actes de représailles plutôt que de punir leurs auteurs »*[913].

Qu'est-ce qui peut expliquer cette absence de poursuites ? Aux réponses classiques - notamment, celle selon laquelle la protection des lanceurs d'alerte contre la rétorsion professionnelle n'est pas prioritaire pour les procureurs fédéraux, déjà surchargés de travail[914] - se rajoutent quelques points subtils, soulevés par le procureur adjoint des États-Unis Tonya LONG lors d'un entretien[915]. Selon elle, l'absence de répression pénale des actes de rétorsion peut s'expliquer par référence à des difficultés de l'ordre constitutionnel liées à la charge de la preuve pesant sur le parquet. Notamment, il est compliqué de prouver « hors de tout doute raisonnable » (*beyond a reasonable doubt*) la motivation du prévenu, qui ne peut être puni que s'il a pris des mesures de représailles contre une personne *« pour avoir communiqué à un agent public des informations »*[916] sur un acte illégal. Souvent, une mesure professionnelle défavorable peut être expliquée par plusieurs facteurs (absence de savoir-faire, absence de savoir-être, fautes professionnelles ...) et des doutes peuvent être semés par la défense sur la raison pour la mesure défavorable. Cette difficulté de preuve est, d'ailleurs, la raison que de nombreux dispositifs, et notamment la loi Sapin II, renversent la charge de la preuve dans des actions civiles et exigent à l'employeur de démontrer que la mesure défavorable n'a pas été prise en raison d'une alerte.

---

911 Dans son article « An Introduction to Whistleblower Protection Laws in the United States Military & the Recent Revisions by the Military Retaliation Prevention Act », le professeur R.V. MEYER a pu identifier seulement deux poursuites sous la sous-partie de 18 U.S.C. § 1513 rajoutée par la loi SOX, dont seulement une qui semble être relative à une alerte professionnelle. R.V. MEYER, « An Introduction to Whistleblower Protection Laws in the United States Military & the Recent Revisions by the Military Retaliation Prevention Act », op. cit., p. 356.

912 Au 2 mars 2018, aucune poursuite sous les lois étatiques citées ci-dessus ne figure dans la base de données juridique Westlaw, l'une des plus exhaustives bases de données en matière du droit américain.

913 R.V. MEYER, « An Introduction to Whistleblower Protection Laws in the United States Military & the Recent Revisions by the Military Retaliation Prevention Act », op. cit., p. 356 (*« the focus remains on relief for the victim rather than punishment for the perpetrator »*).

914 Il pourrait en être autre pour des actes de rétorsion en forme de violences physiques, mais ce genre de rétorsion est heureusement rare aux États-Unis.

915 Entretien téléphonique avec l'auteur, 11 nov. 2016.

916 18 U.S.C. § 1513(e).

En outre, le prévenu dans un procès pénal américain jouit du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, garanti par le cinquième amendement de la constitution américaine. Il peut ainsi refuser de témoigner lors des enquêtes et des procédures judiciaires. Il peut également refuser de transmettre certains documents ou autres éléments de preuve qui sont sous son contrôle. Tout cela rend la tâche du procureur dans un procès pénal mal aisée, à la fois quant à l'enquête qu'à la présentation des preuves.

Ceci dit, il ne s'agit pas de conclure à l'inutilité complète de ces lois pénales. De prime abord, et de façon purement symbolique, l'existence de ces dispositifs démontre la volonté du législateur de protéger les lanceurs d'alerte, ce qui contribue à la valorisation des alertes éthiques dans une société où le lanceur d'alerte est toujours regardé d'un œil sceptique. En outre, ces lois peuvent dissuader des actes de rétorsion. En effet, les directions des entreprises américaines sont sensibles à la possibilité des poursuites sous la loi SOX, notamment grâce aux ouvrages destinés aux juristes et directeurs des ressources humaines qui soulignent ces sanctions pénales[917]. Les directions des sociétés américaines sont ainsi légèrement moins susceptibles de prendre des mesures de rétorsion contre les lanceurs d'alerte, du moins ouvertement.

2/ L'incitation à la protection des lanceurs d'alerte par voie des règles sur la fixation des peines

Le droit pénal américain emploie un deuxième levier pour mieux protéger les lanceurs d'alerte, notamment en prévoyant la diminution des peines pénales imposables aux entreprises qui ont adopté un dispositif efficace d'alerte professionnelle dans le cadre de leur politique interne de conformité ("compliance program"). Une entreprise qui est en mesure de démontrer qu'elle a mis en place un tel dispositif peut voir atténuer sa sanction en cas de condamnation pénale.

La source de cette règle est un document intitulé les *Federal Sentencing Guidelines*. Publié pour la première fois en 1987 par la United States Sentencing Commission, une autorité du pouvoir judiciaire[918], ce texte établit une grille d'analyse qui aide les juges judiciaires fédéraux à déterminer quelle peine imposer dans une affaire pénale. Les peines prévues par les *Federal Sentencing Guidelines* ne sont pas à caractère obligatoire ; comme le juge français, le juge judiciaire américain jouit d'une grande marge d'appréciation dans la fixation

---

917 C.M. KRUS, *Corporate Secretary's Answer Book*, Aspen, 2018, § 27:35 ; R.J. NOBILE, *Human Resources Guide*, Warren Gorham Lamont, 2016, § 5:149. L.M. FRANZE, *Texas Employment Law*, James Publishing, 2013, § 33:4.

918 UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Federal Sentencing Guidelines Manual*, 2015, §8A1.2, p. 1, 12.

des peines. Cependant, les *Federal Sentencing Guidelines* exercent une influence extrêmement forte sur les peines imposées[919].

Les *Federal Sentencing Guidelines* posent des principes directeurs non seulement pour des peines imposables aux personnes physiques : depuis 1991, des principes existent également pour les personnes morales mises en cause. Le huitième chapitre des *Federal Sentencing Guidelines* est ainsi consacré à la responsabilité pénale des personnes morales. Selon ce texte, le juge est censé prendre en compte six facteurs en fixant une sanction à l'égard d'une personne morale. Parmi ces facteurs figure la question de savoir si le prévenu avait mis en place un *« programme de conformité et d'éthique efficace »* (*effective ethics and compliance program*)[920], qui doit être à même de *« prévenir et détecter des actes illégaux »* au sein de l'entreprise[921]. Au minimum, le dispositif d'alerte doit permettre à tout salarié de fournir des informations, ou de demander des renseignements, sur des comportements potentiellement illégaux qu'ils ont pu témoigner au sein de l'entreprise, *« sans peur de représailles »*[922]. L'entreprise doit également assurer que le système de conformité qu'elle a adopté est plus qu'un simulacre ; le dispositif doit être doté de ressources humaines et financières adéquates à son opération effective[923]. L'entreprise est en outre tenue d'informer les salariés et les agents de l'entreprise sur l'existence et le fonctionnement du système[924], à traiter les alertes lancées[925], à former régulièrement les collaborateurs sur le programme d'éthique et le système d'alerte[926], et à revoir périodiquement l'efficacité du système afin de l'améliorer si nécessaire[927].

Malgré leur nature non contraignante, les *Federal Sentencing Guidelines* ont eu une profonde influence sur les pratiques de *compliance* des sociétés américaines. Non seulement ce document influence-t-il la décision du juge quant à la lourdeur des sanctions à

---

919 Les *Federal Sentencing Guidelines* avaient force obligatoire jusqu'en 2005, quand la Cour suprême a statué dans l'arrêt *United States v. Booker*, 543 U.S. 220, qu'une telle force était incompatible avec le droit constitutionnel d'être jugé par un jury. Désormais, le juge reste libre de fixer une peine autre que celle prévue par les *Federal Sentencing Guidelines*. Le raisonnement du juge du fond est pourtant contrôlé par les cours d'appel, qui vérifient si ce premier a bien pris en compte les facteurs pertinents (notamment ceux qui sont énoncés dans les *Federal Sentencing Guidelines*), ou au contraire si la peine paraît arbitraire ou déraisonnable. Le résultat en est qu'environ la moitié des peines imposées se situent dans la fourchette établie par les *Federal Sentencing Guidelines*. UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Federal Sentencing : The Basics*, août 2015, p. 3. Les juges de première instance sont en outre soucieux de motiver leurs décisions en faisant référence aux critères établis par les *Federal Sentencing Guidelines*, afin de ne pas voir annuler les peines qu'ils ont imposées.

920 Ibid., §8B2.1.

921 Ibid., §8B2.1 et Cmt. 1.

922 Ibid., §8B2.1(b)(5)(C).

923 Ibid., §8B2.1(b)(2)(C).

924 Ibid., §8B2.1(b)(4), (5)(C).

925 Ibid., §8B2.1(b)(7). Suite à une alerte, l'entreprise doit prendre *« des mesures raisonnables afin de répondre de manière adéquate aux comportements illégaux détectés et de prévenir des futurs comportements semblables, notamment en modifiant de manière appropriée son programme de conformité et d'éthique ». (« After criminal conduct has been detected, the organization shall take reasonable steps to respond appropriately to the criminal conduct and to prevent further similar criminal conduct, including making any necessary modifications to the organization's compliance and ethics program. »)*.

926 Ibid., §8B2.1(b)(4)(a).

927 Ibid., §8B2.1(b)(5)(B), (7).

imposer en cas de jugement pénal, mais il figure aussi dans la décision des procureurs publics sur l'opportunité des poursuites[928]. En effet, le guide officiel publié par le *Department of Justice* dispose, dans sa partie 9-28.800, que les procureurs sont tenus à évaluer les politiques et pratiques des entreprises en matière de conformité avant d'intenter une procédure pénale ; une politique efficace de conformité peut jouer en faveur d'une décision de non-poursuite[929].

Pour le professeur D. HESS, les *Federal Sentencing Guidlines* sont ainsi l'incitation *« la plus efficace »* en droit américain à l'adoption des systèmes de conformité au sein des entreprises américaines[930]. L'appréciation du professeur HESS rejoint celle de la très influente Delaware Court of Chancery, qui, dans l'affaire *In re Caremark*, a fait remarquer que les *Federal Sentencing Guidelines* constituent une *« incitation puissante »* à l'adoption des dispositifs d'alerte professionnelle et que la responsabilité des directeurs et administrateurs pourrait être engagée en l'absence d'un dispositif se conformant à ces règles[931].

Certes, il y a une différence entre l'efficacité des *Federal Sentencing Guidelines* pour inciter les entreprises à adopter des dispositifs d'alerte et leur efficacité dans la protection des lanceurs d'alerte. Certains sont sceptiques à l'égard des dispositifs d'alerte professionnelle, voyant en eux une façon d'éviter la répression étatique tout en continuant à contourner la loi, de permettre les entreprises de prendre subrepticement des mesures défavorables contre les lanceurs d'alerte interne[932], ou de créer un panoptique pour mieux contrôler les

---

928 Sur les facteurs pris en compte par les procureurs fédéraux lorsqu'ils décident s'il convient de poursuivre une personne morale, v. United States Attorneys' Manual, 2018, n° 9-28.000 (« Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations »), et particulièrement n° 9-28.800 (« Corporate Compliance Programs »).

929 United States Attorneys' Manual, 2018, §9-28.800 ; v. également A. MIGNON COLOMBET et F. BUTHIAU, « Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée », *JCP G* 2013, doctr. 359.

930 D. HESS, « Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs : Policy Implications from the Empirical Evidence », 12 *N.Y.U. J.L. & Bus.* 317, 2016, p. 326. V également ETHICS RESOURCE CENTER, *The Federal Sentencing Guidelines at Twenty Years*, 2012, p. 28-30 ; D.E. MURPHY, « The Federal Sentencing Guidelines for Organizations : A Decade of Promoting Compliance and Ethics », 87 Iowa L. Rev. 697, 2002, p. 710-711. Selon une étude d'environ 250 grandes entreprises américaines menée en 1994 et 1995, environ 51 % jouissaient d'un dispositif d'alerte professionnelle. G.R. WEAVER, L.K. TREVIÑO et P.L. COCHRAN, « *Corporate Ethics Practices in the Mid-1990's : An Empirical Study of the Fortune 1000* », 18 *J. Bus. Ethics* 283, 1999, p. 290. Le professeur HESS voit en cette étude une preuve de l'efficacité des *Federal Sentencing Guidelines* dans la modification des pratiques des sociétés américaines. D. HESS, « Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs : Policy Implications from the Empirical Evidence », op. cit., p. 326. Pour un regard sceptique sur l'efficacité des politiques internes de conformité dans la prévention et la détection des faits illégaux, v. K.D. KRAWIEC, « Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance », », 81 *Wash. U. L.Q.* 487, 2003.

931 In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litig., 698 A.2d 959, 969 (Del. Ch. 1996) : « *The Guidelines offer powerful incentives for corporations today to have in place compliance programs to detect violations of law, promptly to report violations to appropriate public officials when discovered, and to take prompt, voluntary remedial efforts* ».

932 S.M. KOHN, *The Whistleblower's Handbook : A Step-by-Step Guide to Doing What's Right and Protecting Yourself*, Lyons Press, 2011, p. 125-137 ; T. DEVINE et T.F. MAASSARANI, *The Corporate*

salariés[933]. Le législateur français s'est implicitement penché sur cette question en instaurant, dans la loi Sapin II, une obligation de mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle qui pèse sur les personnes morales de droit public ou privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'État, les communes de plus de 10 000 habitants et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres[934]. Or, la loi française laisse une assez grande marge d'appréciation aux organismes soumis à ce nouveau devoir. À cet égard, la règle américaine qui permet aux tribunaux d'évaluer l'efficacité du dispositif d'alerte au moment de l'imposition d'une peine paraît particulièrement intéressante ; une peine alourdie pourrait être imposée à une organisation ayant établi un dispositif qui constitue davantage un piège pour les lanceurs d'alerte ou un écran de fumée pour mieux permettre la continuation de ses activités illégales, qu'un mécanisme pour prévenir et corriger celles-ci.

Conclusion

Le droit américain manifeste une volonté plutôt prononcée de pénaliser les actes de rétorsion pris à l'égard des lanceurs d'alerte, mais une grande réticence quant aux poursuites à l'encontre des malfaiteurs. Cette ambivalence n'est pas étonnante dans un contexte où la figure du lanceur d'alerte suscite encore des polémiques – s'agit-il d'un « héros » ou d'un « traitre » ? d'une « mauvaise conscience » ou d'un « fauteur de troubles » ? Lorsque ce débat perdure, la pénalisation des actes défavorables restera certainement moins efficace que les dispositifs autorisant la réparation intégrale des lanceurs d'alerte victimes d'actes de rétorsion professionnelle, qui sont déjà affaiblis par l'absence de consensus sur le rôle légitime des lanceurs d'alerte dans l'ordre libéral.

b)Protection contre les poursuites pour diffamation et poursuites pénales

Le lanceur d'alerte face au droit pénal
Par **Céline Chassang**

« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ».

Whistleblower's Survival Guide : A Handbook for Committing the Truth, Berrett-Koehler Publishers, 2011, p. 83-86.

933 P. ADAM, « Le retour des sycophantes ? (à propos du *whistleblowing*) », *Droit ouvrier* 2006, p. 292.

934 Loi Sapin II, art. 8-III.

Telle est la définition du lanceur d'alerte consacrée en droit français par la loi dite « *Sapin II* » du 9 décembre 2016[935]. Une approche générale des lanceurs d'alerte s'est ainsi substituée à une approche et une protection spéciales. La loi Sapin II n'est en effet pas la première loi à prendre en considération le lanceur d'alerte en lui accordant une protection. Moins de dix ans auparavant, une loi du 13 novembre 2007936 (déjà relative à la corruption) avait introduit, dans le code du travail[937], une disposition visant à protéger le salarié contre les représailles de l'employeur.

Et déjà, aucune mesure discriminatoire ne pouvait être prise à l'encontre d'une personne qui, de bonne foi, avait relaté ou témoigné, à son employeur ou aux autorités administratives ou judiciaires, de faits de corruption dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. En particulier, celle-ci ne pouvait ni être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, ni être sanctionnée, licenciée ou faire l'objet d'une quelconque mesure discriminatoire, directe ou indirecte, qu'il s'agisse de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat. La disposition précisait, en outre, que tout acte contraire à ces prescriptions était nul de plein droit. Au-delà des faits de corruption, une telle protection des lanceurs d'alerte existait, et existe toujours, dans d'autres domaines spécifiques. Sont ainsi également protégés contre les représailles de leur employeur, les salariés et fonctionnaires qui témoignent ou relatent des agissements relevant de la discrimination938, du harcèlement moral939 ou du harcèlement sexuel940. De surcroît, à la suite du scandale du *Mediator*, la législation française s'était également enrichie d'une protection du lanceur d'alerte en matière de pharmacovigilance. En effet, la loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé941 a créé, au sein du code de la santé publique, une disposition étendant cette protection à la personne ayant « *relaté ou témoigné de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à la sécurité sanitaire [de certains produits]* »[942]. Puis, la loi du 16 avril 2013[943] a élargi la protection des

---

[935] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

936 Article 9 de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption.

[937] Ancien article L. 1161-1 du code du travail, abrogé par l'article 15 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

938 Article L. 1132-3 du code du travail et articles 6 et 6 *bis* de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

939 Article L. 1152-2 du code du travail et article 6 *quinquiès* de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

940 Article L. 1153-3 du code du travail et article 6 *ter* de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

941 Article 43 de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

[942] Ancien article L. 5312-4-2 du code de la santé publique, abrogé par l'article 15 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

lanceurs d'alerte à tout le secteur de la santé publique mais également à celui de l'environnement[944], quand celle du 6 décembre 2013[945] a généralisé cette protection à destination des salariés[946] et des fonctionnaires[947] ayant dénoncé tout crime ou délit dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions[948] et que celles des 11 octobre 2013[949] et 20 avril 2016[950] l'ont étendu à la révélation des conflits d'intérêts[951]. La loi du 5 mai 2015[952] a même instauré une protection spécifique des agents du renseignement contre d'éventuelles représailles de leur supérieur hiérarchique dans le cas particulier où ils porteraient à la connaissance de la commission nationale idoine une violation manifeste des règles relatives au renseignement[953].

Plutôt que de continuer par touches successives, la loi Sapin II a donc préféré à l'éparpillement une approche plus globale. Elle tente ainsi de généraliser la protection des lanceurs d'alerte de bonne foi contre les représailles de leur employeur ou supérieur hiérarchique dans un certain nombre de domaines, à partir du moment où ceux-ci ont respecté une procédure stricte de signalement et qu'ils ont agi de manière désintéressée[954] : crime ou délit, violation grave et manifeste d'un engagement international, menace ou préjudice grave pour l'intérêt général. Toutefois, un certain nombre de dispositions spécifiques, exigeant le respect de conditions différentes de la part du lanceur d'alerte salarié ou fonctionnaire (notamment eu égard à la procédure de signalement), sont conservées[955]. Ce mouvement de généralisation n'est donc que partiel.

Mais la loi du 9 décembre 2016 a le mérite d'avoir posé une définition globale et non sectorielle du lanceur d'alerte : c'est une personne physique (sont donc exclues les personnes morales), un salarié, un fonctionnaire ou un simple citoyen, qui signale ou révèle, de bonne foi et de manière désintéressée, une atteinte à « *l'intérêt général* » dont elle a eu

---

[943] Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.
[944] Ancien article L. 1351-1 du code de la santé publique et ancien article L. 4133-5 du code du travail, abrogés par l'article 15 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.
[945] Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquane économique et financière.
[946] Article L. 1132-3-3 du code du travail, toujours en vigueur.
[947] Article 6 *ter* A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
[948] Article L. 1132-3-3 du code du travail, toujours en vigueur.
[949] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[950] Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.
[951] Voir notamment l'article 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, l'article L. 4122-4 du code de la défense ainsi que l'article 6 *ter* A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
[952] Loi n° 2015-511 du 5 mai 2015 relative au renseignement.
[953] Article L. 861-3 du code de la sécurité intérieure.
[954] Voir l'article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
[955] Dispositions relatives notamment aux crimes, délits, conflits d'intérêts, harcèlements moral et sexuel, discriminations.

personnellement connaissance[956]. Hormis les cas particuliers qui survivent à la loi Sapin II, cette dernière met en place une procédure d'alerte qui doit être respectée par tout un chacun. Mais l'article 7 de cette même loi crée de surcroît une immunité pénale à destination du lanceur d'alerte[957]. Lorsqu'il signale ou révèle une atteinte grave à l'intérêt général, le lanceur d'alerte ne fait certes qu'exercer son droit à la liberté d'expression. Toutefois, ce droit n'est pas indérogeable. A cet égard, l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme prévoit expressément la possibilité pour un État de restreindre ou de sanctionner l'exercice de cette liberté lorsque cela est nécessaire « *à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* »[958]. Quant à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, il précise bien que cette liberté ne peut être utilisée de manière abusive[959]. Des limites à la liberté d'expression sont donc tout à fait recevables dès lors qu'elles poursuivent un intérêt légitime tel que la sécurité nationale ou la protection des droits d'autrui. Et en droit français, des limites à cette liberté trouvent une expression en matière pénale. Les lanceurs d'alerte, en révélant ou signalant certains faits, peuvent donc commettre des infractions et ainsi être confrontés au droit pénal. Force est même de constater qu'un large arsenal répressif existe en vue de protéger les droits d'autrui ou même de sauvegarder l'intérêt général. L'existence d'un tel arsenal peut alors inciter de potentiels lanceurs d'alerte à se taire par crainte de voir leur responsabilité pénale engagée. C'est pourquoi, à côté des outils de protection classiques, le législateur a créé une immunité pénale spécifique. Mais si elle permet d'inciter davantage le signalement d'une atteinte grave à l'intérêt général, la protection des lanceurs d'alerte reste hésitante et recèle encore plusieurs limites. Ainsi, tous les lanceurs d'alerte ne sont pas incités à signaler sereinement de tels faits, car à une répression pénale variée (I) ne répond qu'une protection pénale variable (II).

I. Une répression pénale variée

La répression des lanceurs d'alerte est particulièrement variée, car elle concerne tant l'acte de signalement lui-même (A) que les actes qui lui précèdent et qui permettent au lanceur d'alerte d'effectuer un tel signalement (B).

---

[956] Article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ; https://transparency-france.org/aider-victimes-de-corruption/lanceurs-dalerte/

[957] Voir l'article 122-9 du code pénal ainsi créé.

[958] Article 10§2 Conv. EDH.

[959] « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* ».

A. Une répression de l'alerte

Dans certaines hypothèses, le droit pénal punit l'acte qui caractérise l'alerte lancée par un individu. Parfois, il sanctionne la parole en elle-même parce qu'elle porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'autrui (1), parfois c'est la violation d'un secret qui, exprimée par l'alerte, est en réalité incriminée (2).

1. L'alerte portant atteinte à l'honneur ou à la considération

D'abord, le droit pénal peut venir sanctionner la simple parole exprimée par une personne et caractérisant l'alerte. En effet, l'article 29 de la loi de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse définit le propos diffamatoire comme étant « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* ». Il s'agit donc, à travers un propos, un écrit, une parole (et donc une alerte, un signalement) d'imputer un fait précis à une personne ou un corps. Ce fait précis, déterminé, doit en outre porter atteinte à l'honneur ou à la considération. Or, signaler un crime, un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international, une menace ou encore un préjudice grave pour l'intérêt général ne porte-t-il pas atteinte à l'honneur et à la considération de la personne à laquelle ce fait est imputé ? Le lanceur d'alerte peut donc s'exposer très facilement à des poursuites en diffamation par la personne s'en estimant victime. Cela est d'autant plus vrai que la diffamation peut se cacher dans un nombre fort varié d'expressions[960] et qu'elle peut être publique[961] ou non publique[962]. De surcroît, si la diffamation est une infraction intentionnelle, l'intention de nuire, et donc la mauvaise foi de l'auteur du propos, est présumée[963]. Il suffit ainsi d'établir qu'un propos porte atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne, indépendamment de l'intention de nuire de l'auteur du propos.

Le frein aux signalements d'atteintes à l'intérêt général est alors nettement perceptible pour les lanceurs d'alerte de bonne foi. Dans son étude de 2016, le Conseil d'État mettait d'ailleurs en exergue l'effet « *dissuasif* » de ces procédures en diffamation[964]. Le montant de la peine encourue renforce également ce caractère décourageant, car si la diffamation n'ayant fait l'objet d'aucune publication est punie d'une amende prévue pour les contraventions de la première classe[965] (soit 38 euros[966]), la diffamation publique commise

[960] E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, Paris, LexisNexis, 2011, 3e édition, p. 205.
[961] Voir l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
[962] Article R. 621-1 du code pénal.
[963] Voir notamment, Cass. Crim., 12 juin 1987, *Bull. Crim* n° 247 ; Cass. Crim., 16 mars 1993, *Bull. Crim.* n° 115 ; Cass. Crim., 25 novembre 2003, pourvoi n° 03-83219.
[964] CE, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Étude adoptée le 25 février 2016, La Documentation française, 2016, p. 72.
[965] Article R. 621-1 du code pénal.
[966] Article 131-13 du code pénal.

envers un particulier est punie d'une amende de 12 000 euros[967]. Cette peine s'élève même à 45 000 euros lorsque cette diffamation publique est commise envers les cours, les tribunaux, les armées de terre, de mer ou de l'air, les corps constitués et les administrations publiques[968] ou envers, en raison de leurs fonctions ou de leur qualité, « *le Président de la République, un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'Etat, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition* »[969].

Au regard des peines encourues, le lancement d'une alerte comporte inévitablement des risques pour son auteur, au premier rang desquels, une poursuite pour diffamation. Mais on gravit l'échelle des peines dès lors que le fait divulgué est de nature à entraîner des sanctions administratives, judiciaires ou disciplinaires et qu'il est adressé à des autorités spécifiques. La dénonciation calomnieuse, prévue par l'article 226-10 du Code pénal, est en effet punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Mais les éléments constitutifs de l'infraction sont clairs : un fait doit être dénoncé spontanément[970], il doit viser une personne déterminée[971], il doit être inexact au moins en partie[972], il doit être de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires à l'égard de la personne ainsi dénoncée[973], il doit être adressé à des personnes déterminées[974], à savoir « *soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée* »[975], et surtout la personne doit être de mauvaise foi, c'est-à-dire savoir que le fait ainsi dénoncé est faux[976]. En réalité, cette infraction est nécessaire pour éviter les alertes abusives. Il n'y a pas de place pour la protection du lanceur d'alerte de mauvaise foi. La répression est donc légitime envers les actes de malveillance. Et, si le lanceur d'alerte, tel que nous l'entendons, est de bonne foi, la dénonciation calomnieuse ne peut pas représenter un frein, car la mauvaise foi est nécessaire à la caractérisation de l'infraction.

---

[967] Article 32 alinéa 1er de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
[968] Article 30 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
[969] Article 31 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
[970] Voir par exemple Cass. Crim., 16 octobre 1969, *Bull. Crim.* n° 254 ; Cass. Crim., 5 mars 1974, *Bull. crim.* n° 92 ; Cass. Crim., 16 juin 1988, *Bull. Crim.* n° 275 ; Cass. Crim., 3 mai 2000, *Bull. Crim.* n° 175.
[971] Article 226-10 du code pénal.
[972] *Ibid.*
[973] Voir par exemple Cass. Crim., 14 décembre 2016, pourvoi n° 15-85517.
[974] Cette liste fut, un court temps, élargie au « *journaliste* » et il fut question à l'occasion de la loi Sapin II de l'étendre au « *public* ». Mais le Conseil constitutionnel a censuré la rédaction proposée par le législateur : Conseil constitutionnel, décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*. Voir notamment, E. MERCINIER, C. BOYER, « Une éphémère modification de l'article 226-10 du code pénal », *AJ Pénal*, 2017, n° 3, p. 122-124.
[975] Article 226-10 du code pénal.
[976] Voir par exemple Cass. Crim., 13 mars 1984, *Bull. crim.* n° 105.

Il faut toutefois nuancer le propos, car si l'absence d'élément moral est un obstacle à la condamnation, ce n'est pas un obstacle aux poursuites. Il y a donc un risque certain, et c'est ensuite à la juridiction de jugement de se prononcer sur la culpabilité du lanceur d'alerte de bonne foi. A cet égard, l'article 226-10 du code pénal précise que « *la fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu, déclarant que le fait n'a pas été commis ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée* »[977]. Dans les autres cas, le tribunal retrouve son pouvoir souverain, car il doit rechercher la pertinence des accusations portées par le prévenu[978]. Mais finalement, là encore, il existe un risque pour un lanceur d'alerte de bonne foi convaincu de dénoncer un crime, un délit ou encore une menace grave pour l'intérêt général. Dans ce cas, seule l'absence d'élément moral permettra donc au lanceur d'alerte de bénéficier d'une relaxe.

Justifiées, car permettant d'éviter des actes malveillants, ces infractions punissent la dénonciation en ce qu'elle porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée. D'autres, en revanche, plus que la parole, punissent la trahison, la violation d'un secret.

2. L'alerte portant atteinte à un secret

Plusieurs infractions punissent la trahison d'un secret, qu'il s'agisse du secret professionnel, du secret de la défense nationale ou encore du secret des correspondances.

Prévue par l'article 226-13 du code pénal, l'infraction de violation du secret professionnel punit « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* ». Or, au regard du champ d'incrimination étendu de la violation du secret professionnel, force est de constater que nombre de lanceurs d'alerte peuvent être concernés par cette infraction. En effet, si rien n'est précisé dans le texte d'incrimination, ce qui, selon Emmanuel DREYER, n'est pas à la faveur du respect du principe de légalité pénale[979], beaucoup de professionnels sont tenus au secret : avocats[980], médecins[981], prêtres[982], banquiers[983], commissaires aux comptes[984], experts-comptables[985], inspecteurs

---

[977] L'article 226-11 du code pénal précise que « *lorsque le fait dénoncé a donné lieu à des poursuites pénales, il ne peut être statué sur les poursuites exercées contre l'auteur de la dénonciation qu'après la décision mettant définitivement fin à la procédure concernant le fait dénoncé* ».
[978] Article 226-10 alinéa 3 du code pénal.
[979] E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Paris, Ellipses, 2016, 3e édition, p. 202.
[980] Voir par exemple Cass. Crim., 27 octobre 2004, *Bull. crim.* n° 259.
[981] Voir par exemple Cass. Crim., 8 avril 1998, *Bull. Crim.* n° 138.
[982] Voir par exemple Cass. Crim., 11 mai 1959, *Bull. Crim.* n° 253.
[983] Voir par exemple Cass. Com., 18 septembre 2007, *Bull. Civ.* n° 195. En revanche, tel n'est pas le cas de l'assureur : Cass. Crim., 28 septempbre 1999, *Bull. Crim.* n° 201.
[984] Article L. 820-5 du code de commerce.
[985] Voir par exemple Cass. Com., 8 février 2005, *Bull. Civ.* n° 22.

des impôts[986], policiers[987], magistrats[988] ou même tout fonctionnaire[989]. Les personnes tenues ainsi au secret doivent alors se taire et ne peuvent révéler, consciemment[990], une information secrète, c'est-à-dire une information reçue ou découverte par le professionnel dans le cadre de sa fonction ou de l'exercice de sa profession[991]. Là aussi, le potentiel lanceur d'alerte tenu au secret professionnel peut préférer se taire et ne pas risquer une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende[992].

Plus que la trahison d'un secret individuel, les articles 413-9 et 413-10 du code pénal répriment la trahison d'un secret d'État, infraction dont les lanceurs d'alerte peuvent se rendre coupables. Dès lors qu'un procédé, objet, document, réseau informatique, fichier, ou qu'une information ou une donnée informatisée[993] est classé secret-défense, il ne peut en aucun cas être divulgué. Aussi, « *la prise de parole du lanceur d'alerte se fera au risque de l'engagement de sa responsabilité pénale* »[994], d'autant plus facilement que le champ d'incrimination de la violation du secret de la défense nationale est particulièrement large et concerne tant les dépositaires du secret[995] que les tiers à ce secret[996]. De surcroît, la violation du secret de la défense nationale peut prendre plusieurs formes. D'abord, le comportement peut être positif et volontaire[997] : la soustraction, le détournement, la destruction, la reproduction, le fait de donner accès ou de porter à la connaissance du public une information ou un document classifié par une personne dépositaire du secret[998] ou le fait, par une personne non dépositaire du secret, de s'assurer la possession, d'accéder à, de prendre connaissance du secret, de le détruire, le soustraire, le reproduire ou de le porter à la connaissance du public[999]. Puis, il peut s'agir d'un comportement d'abstention volontaire[1000] : le dépositaire du secret a laissé détruire, détourner, soustraire, reproduire,

---

[986] Voir par exemple Cass. Crim., 1er mars 2016, pourvoi n° 14-87577.
[987] Voir par exemple Cass. Crim., 26 octobre 1995, *Bull. Crim.* n° 328.
[988] Selon l'article 11 du code de procédure pénale, toutes les personnes qui concourent à la procédure d'enquête et à la procédure d'instruction sont tenues au secret professionnel. En revanche, la partie civile n'est pas tenue au secret professionnel (Cass. Crim., 9 octobre 1978, *Bull. Crim.* n° 263).
[989] Article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
[990] Ce qui exclut donc la révélation par imprudence. En revanche, l'intention de nuire n'est pas exigée au titre des éléments constitutifs de cette infraction (voir par exemple, Cass. Crim., 7 mars 1989, *Bull. Crim.* n° 109).
[991] Voir Cass. Crim., 9 octobre 1978, *Bull. Crim.* n° 263 : l'incrimination vise « *les faits parvenus à la connaissance d'une personne dans l'exercice d'une profession ou d'une fonction aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé le caractère confidentiel, ou dans le cas où les mêmes faits lui ont été confiés sous le sceau du secret en raison d'une semblable profession ou fonction* ».
[992] Article 226-10 du code pénal.
[993] Article 413-9 du code pénal.
[994] F. HABOUZIT, in C. CHASSANG et F. HABOUZIT, « Les lanceurs d'alerte et le secret de la défense nationale », *La Revue des droits de l'homme*, 2018, à paraître.
[995] Article 413-10 du code pénal.
[996] Article 413-11 du code pénal.
[997] A. VITU, F. ROUSSEAU, « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation », *JurisClasseur Pénal Code*, Fasc. 20, 15 juillet 2015, n° 102.
[998] Article 413-10 alinéa 1er du code pénal.
[999] Article 413-11 1° du code pénal.
[1000] A. VITU, F. ROUSSEAU, « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation », *JurisClasseur Pénal Code*, Fasc. 20, 15 juillet 2015, n° 103.

divulguer ou accéder à l'information ou au document classifié[1001]. Enfin, la personne dépositaire du secret peut voir sa responsabilité pénale engagée alors même qu'elle a agi par imprudence[1002]. Mais le lanceur d'alerte ne semble pas être concerné par toutes les hypothèses : seuls les comportements positifs et volontaires semblent ici appropriés[1003]. Bien que l'utilité du secret de la défense nationale soit indiscutable, le potentiel lanceur d'alerte, estimant qu'une information a été abusivement classifiée par l'administration (la classification secret-défense étant laissée à la discrétion de l'administration), n'est pas enclin à dénoncer une classification abusive. Les peines sont, du reste, particulièrement sévères et s'élèvent à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque l'auteur est une personne dépositaire du secret-défense[1004] et à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende s'il n'est pas dépositaire du secret[1005].

En outre, le lanceur d'alerte peut encore se rendre coupable de violation du secret des correspondances prévue par l'article 226-15 du code pénal. L'un des comportements punis au titre de la violation du secret des correspondances est en effet celui de divulguer, de mauvaise foi, des « *correspondances émises, transmises ou reçues par la voie électronique* »[1006]. Il peut donc s'agir, pour un lanceur d'alerte[1007], de révéler le contenu d'une correspondance qui ne lui est pas adressée personnellement[1008], tout en sachant que la correspondance est bien destinée à un tiers[1009]. Des peines d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, si le lanceur d'alerte est un particulier[1010], ou de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, s'il s'agit d'un agent public[1011], sanctionnent alors de tels comportements.

Enfin, si elle ne réprime pas la violation d'un secret à proprement parler, l'atteinte à l'intimité de la vie privée est également l'une des infractions dont le lanceur d'alerte peut se rendre coupable en diffusant une parole ou une image qui devait rester intime. En effet, si l'article 226-1 du code pénal punit le fait de capter, enregistrer, transmettre les paroles prononcées par autrui à titre privé ou confidentiel ou l'image d'une personne qui se trouve

---

[1001] Article 413-10 alinéa 2.
[1002] Article 413-10 alinéa 3 ; A. VITU, F. ROUSSEAU, « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation », *JurisClasseur Pénal Code*, Fasc. 20, 15 juillet 2015, n° 104.
[1003] F. HABOUZIT, in C. CHASSANG et F. HABOUZIT, « Les lanceurs d'alerte et le secret de la défense nationale », *La Revue des droits de l'homme*, 2018, à paraître.
[1004] Article 413-10 du code pénal.
[1005] Article 413-11 du code pénal.
[1006] Article 226-15 alinéa 2 du code pénal.
[1007] Soit toute personne (article 226-15 du code pénal), soit une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mision (article 432-9 du code pénal).
[1008] V. PELTIER, « Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers », *JClasseur Pénal Code*, Fasc. 20, 2013, § 61.
[1009] P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Paris, LexisNexis, 2013, 4e édition, p. 229 ; C. ANDRÉ, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 2017, 4e édition, p. 225.
[1010] Article 226-15 du code pénal.
[1011] Article 432-9 du code pénal.

dans un lieu privé[1012], l'article suivant sanctionne le fait de porter à la connaissance du public un tel enregistrement[1013], quel qu'en soit le mode de diffusion : presse, radio, télévision, mails *etc.* Si la peine est moindre que celle prévue pour l'infraction d'atteinte au secret de la défense nationale, le lanceur d'alerte potentiel encourt tout de même une peine d'un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende[1014].

Un certain nombre d'infractions peuvent donc réprimées l'alerte en tant que telle. Mais on s'aperçoit aussi que certaines de ces infractions englobent des actes qui interviennent en amont du signalement lui-même. Ainsi, la violation du secret des correspondances vise aussi, en dehors de toute divulgation, le fait d'ouvrir la correspondance, et même simplement d'en prendre frauduleusement connaissance[1015]. De même, le champ d'incrimination de l'atteinte à la vie privée comprend à la fois la diffusion des images et paroles enregistrés à titre privé[1016] et la captation, l'enregistrement de ces mêmes images et paroles[1017], actes qui sont là encore situés en amont de l'alerte. Quant à l'infraction de violation du secret de la défense nationale, elle vise des comportements tels que la soustraction, le détournement, la destruction, la reproduction d'une information ou d'un document classifié ou le simple fait d'en prendre connaissance[1018]. Dans un certain nombre d'hypothèses, le droit pénal peut sanctionner l'acte d'alerte en lui-même, mais à travers ces infractions d'atteinte à l'intimité de la vie privée, de violation du secret de la défense nationale et du secret des correspondances, on voit qu'il peut dépasser l'acte d'alerte et embrasser des comportements qui, indispensables à l'alerte, sont en réalité situés en amont de cette dernière. Ce constat s'observe également au regard d'autres infractions qui, quant à elles, ne viennent réprimer que les actes qui précèdent l'alerte.

B. Une répression en amont de l'alerte

Cette répression pénale est, là encore, variée, car si elle concerne des atteintes aux biens, elle vise tant des incriminations classiques (1) que des infractions plus spécifiques liées à l'utilisation de moyens informatiques (2).

[1012] Sauf si les actes ont été « *accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire* », car dans ces hypothèses, leur consentement est présumé (article 226-1 alinéa 3 du code pénal).
[1013] Article 226-2 du code pénal.
[1014] Articles 226-1 et 226-2 du code pénal.
[1015] Voir les articles 226-15 alinéa 1er et 432-9 du code pénal.
[1016] Article 226-2 du code pénal.
[1017] Article 226-1 du code pénal.
[1018] Articles 413-10 et 413-11 du code pénal.

1. Des incriminations classiques d'atteinte aux biens

D'abord, s'agissant des atteintes aux biens classiques, sont concernés tant le vol et l'abus de confiance que l'escroquerie. Pour effectuer un signalement, le lanceur d'alerte peut très bien souhaiter se constituer des preuves, ce qui peut alors le conduire, par exemple, à soustraire les documents nécessaires au lancement de l'alerte, les photocopier[1019] ou encore reproduire le contenu informationnel sur un autre support[1020], voir les télécharger[1021]. Le vol, défini comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui[1022], peut alors trouver à s'appliquer. Or, si le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende[1023], les peines sont nettement augmentées par le jeu des circonstances aggravantes. Par exemple, si le lanceur d'alerte a été aidé par une autre personne ou s'il est fonctionnaire[1024], les peines s'élèvent à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, sept ans et 100 000 euros si les deux circonstances sont réunies[1025]. Dans l'affaire *LuxLeaks*, Antoine Deltour n'avait-il pas été d'abord condamné pour vol par la justice luxembourgeoise, avant que la Cour de cassation annule finalement cette condamnation[1026] ?

Si les peines relatives au vol sont dissuasives pour un potentiel lanceur d'alerte, celles relatives à l'abus de confiance le sont également. Prévu par l'article 314-1 du code pénal, l'abus de confiance « *est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ». Le schéma de l'abus de confiance est le suivant : une personne se fait remettre[1027], par une autre personne, des fonds ou un bien quelconque (un document[1028], des fichiers informatiques[1029], un enregistrement d'images et de sons[1030]) à charge pour elle de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'infraction sera caractérisée dès lors qu'elle n'aura pas respecter l'obligation lui incombant et qu'elle aura alors trahie « *la relation de confiance* »[1031]. Là encore, le lanceur d'alerte encourt trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.

[1019] Voir par exemple, Cass. Crim., 8 janvier 1979, *Bull. crim.* n° 13.
[1020] Voir par exemple, Cass. Crim., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-84002.
[1021] Voir par exemple, Cass. Crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 14-81336.
[1022] Article 311-1 du code pénal.
[1023] Article 311-3 du code pénal.
[1024] Article 311-4 du code pénal.
[1025] *Ibid.*
[1026] http://www.lefigaro.fr/international/2018/01/11/01003-20180111ARTFIG00207-luxleaks-antoine-deltour-reconnu-comme-lanceur-d-alerte-par-la-justice.php, consulté le 2 mars 2018.
[1027] La remise est volontaire, librement consentie.
[1028] Voir par exemple, Cass. Crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.* n° 81.
[1029] Voir par exemple, Cass. Crim., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-82630.
[1030] Voir par exemple, Cass. Crim., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-83140.
[1031] Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance, Observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC*, 2006, p. 809-824.

Toujours s'agissant des infractions classiques contre les biens, on peut même imaginer qu'un lanceur d'alerte puisse être poursuivi pour le délit d'escroquerie dans l'hypothèse où, par ruse, il réussit à se faire remettre un bien quelconque[1032]. Toutefois, l'infraction d'escroquerie ne vise pas le simple mensonge, celui qui ne détermine pas la victime à remettre le bien. Il faut en effet, au titre de la ruse, que l'escroc use d'un faux nom, d'une fausse qualité, abuse d'une qualité vraie ou emploie des manœuvres frauduleuses et que cette ruse soit déterminante de la remise du bien[1033]. On pourrait alors imaginer un lanceur d'alerte utilisant un faux nom et/ou une fausse qualité, « *mensonges confortés par la création de faux profils sur un réseau social et sur un site* »[1034], afin de se faire remettre un certain nombre de documents dont il se servira pour lancer son alerte. Il pourrait alors encourir cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende[1035], indépendamment des circonstances aggravantes qui pourraient être retenues[1036].

Les lanceurs d'alerte pourraient ainsi être poursuivis pour les atteintes aux biens classiques que sont le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance. Mais, concernant les atteintes aux biens, une répression pénale plus spécifique pourrait s'abattre sur les lanceurs d'alerte : les infractions informatiques ou atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données (STAD)[1037].

2. Des incriminations spécifiques d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données

Là encore, il s'agit de réprimer le comportement du lanceur d'alerte en amont du signalement. Est ainsi puni de deux ans d'emprisonnement et de 60 000 euros d'amende, « *le fait d'accéder ou de se maintenir frauduleusement dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données* »[1038]. Il suffit pour être passible de sanctions pénales de pénétrer dans un STAD sans y être autorisé[1039] ou de s'y maintenir frauduleusement après y avoir accédé de manière licite[1040]. Il s'agit alors pour le législateur de réprimer « *le hacker classique, c'est-à-dire celui qui s'introduit dans les systèmes par des moyens illégaux sans détruire les données ni utiliser les informations données, parfois dans le seul but de faire*

[1032] Article 313-1 du code pénal.
[1033] Tel n'est pas le cas lorsqu'un journaliste, afin de réaliser un reportage en caméra cachée, use d'un faux nom ou d'une fausse qualité n'ayant pas provoqué la remise : Cass. Crim., 30 mars 2016, *Bull. Crim.*, n° 112.
[1034] Pour des faits similaires concernant une journaliste infiltrée dans un mouvement politique : Cass. Crim., 26 octobre 2016, pourvoi n° 15-83774.
[1035] Article 313-1 du code pénal.
[1036] Voir l'article 313-2 du code pénal.
[1037] Articles 323-1 à 323-8 du code pénal.
[1038] Article 323-1 du code pénal.
[1039] C. ROBACZEWSKI, « Atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données », *JClasseur Pénal Code*, Fasc. 20, 2017, § 30.
[1040] Voir par exemple Cass. Crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 14-81336.

savoir qu'il existe des failles de sécurité »[1041]. Le comportement est donc réprimé indépendamment de toute perturbation ou préjudice[1042]. Or, ce comportement peut être un préalable au lancement d'une alerte en matière de sécurité informatique relatif à un STAD qui porterait, par exemple, sur des données personnelles. Finalement, le *hacker* classique peut être un potentiel lanceur d'alerte. Selon Fabrice MATTATIA, il faut davantage mobiliser les termes de lanceur d'alerte lorsque la découverte de la faille a lieu par hasard et ceux de « *hacker blanc* » si, dans le but de les signaler, « *l'internaute a une activité plus méthodique de recherche de failles* »[1043]. En tout état de cause, selon ce même auteur, cette pénalisation peut « *être nocive pour la sécurité des sites web : en effet, un internaute découvrant une faille n'aura aucun intérêt à la signaler au responsable du site ou aux autorités, au risque d'être mis en examen pour piratage informatique. Son silence empêchera de remédier à la faille... et le site web demeurera vulnérable pour de vrais délinquants* »[1044].

Et ce n'est pas tout, puisqu'est encore punissable pénalement, le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un STAD[1045], tout comme le fait « *d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé, d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient* »[1046]. Enfin, l'article 323-3-1 du code pénal punit le fait par une personne « *d'importer, de détenir, d'offrir, de céder ou de mettre à disposition un équipement, un instrument, un programme informatique ou toute donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs des infractions* » relatives aux STAD, sauf si elle agit avec un motif légitime tel que la recherche ou la sécurité informatique[1047]. *A priori*, cette infraction ne semble pas cadrer avec le comportement d'un lanceur d'alerte. Mais la Chambre criminelle a eu une interprétation sévère de cette disposition dans un arrêt du 27 octobre 2009 en l'utilisant pour la divulgation des failles informatiques[1048].

En l'espèce, la personne poursuivie avait diffusé des écrits « *permettant d'exploiter des failles de sécurité informatique* »[1049]. Relaxée par le tribunal correctionnel, elle a été condamnée en appel. Aucun motif légitime tiré de la volonté d'information n'a été retenu par la cour d'appel notamment car, spécialisée dans le conseil en sécurité informatique, elle savait qu'elle diffusait « *des informations présentant un risque d'utilisation à des fins de*

[1041] C. ROBACZEWSKI, « Atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données », *JClasseur Pénal Code*, Fasc. 20, 2017, § 30.
[1042] F. MATTATIA, « Faut-il dépénaliser les hackers blancs ? », *RSC*, 2015, p. 840.
[1043] *Ibid*, p. 842-843.
[1044] *Ibid*, p. 838.
[1045] L'article 323-2 du code pénal punit d'ailleurs ce comportement d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros.
[1046] L'article 323-3 du code pénal punit également ce comportement d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros.
[1047] Article 323-3-1 du code pénal.
[1048] Cass. Crim., 27 octobre 2009, pourvoi n° 09-82346.
[1049] *Ibid.*

piratage par un public particulier en recherche de ce type de déviance »[1050]. La Cour de cassation a fait droit à cette interprétation dès lors que « *la constatation de la violation, sans motif légitime et en connaissance de cause, de l'une des interdictions prévues par l'article 323-3-1 du code pénal implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3* »[1051] du code pénal.

Schématiquement, il ressort de cet arrêt qu'un lanceur d'alerte ayant la volonté d'informer le public d'une faille de sécurité informatique peut être condamné sur ce fondement et ne pas bénéficier de l'exonération de responsabilité relative au motif légitime[1052]. En l'absence de critères précis posés par la Cour de cassation, il est difficile de cerner les différents comportements déclenchant ou non la responsabilité pénale du lanceur d'alerte. Toutefois, même si rien ne semble figé, plusieurs éléments ont semblé faire pencher la balance du côté de la responsabilité pénale : la divulgation au grand public (et non de manière confidentielle) et l'expertise de l'auteur de la divulgation[1053]. Doit-on en déduire qu'en l'absence de l'un des deux éléments, le motif exonératoire aurait été retenu ? Rien n'est moins sûr et « *cet arrêt incite (...) à la plus grande prudence dans le choix du moyen de divulgation des failles que l'on découvre* »[1054]. Le risque pénal est donc grand concernant des lanceurs d'alerte voulant mettre au jour des failles informatiques.

Force est ainsi d'admettre que le droit pénal peut sanctionner l'alerte en elle-même, tout comme les comportements qui, indispensables à l'alerte, lui préexistent. Diffamation, dénonciation calomnieuse, violations du secret professionnel, du secret de la défense nationale ou du secret des correspondances, ou encore atteinte à l'intimité de la vie privée, vol, escroquerie, abus de confiance, infractions en matière de piratage informatique, « *le droit positif dispose donc déjà d'instruments de nature à prévenir la multiplication d'alertes abusives ou malveillantes, sans qu'il soit besoin de créer de nouveaux délits ou de prendre d'autres dispositions particulières* »[1055]. Mais cet arsenal répressif contribue aussi à contenir les alertes, car au risque d'une poursuite ou d'une condamnation, les potentiels auteurs de signalement peuvent préférer se taire. Une protection des lanceurs d'alerte de bonne foi est donc nécessaire, mais sur ce point, force est de constater que cette protection, très fluctuante, n'est pas encore pleinement satisfaisante.

II. Une protection pénale variable

[1050] *Ibid.*
[1051] *Ibid.*
[1052] Voir A. DARSONVILLE, note sous Cass. Crim., 27 octobre 2009, pourvoi n° 09-82346, *D.* 2009, n° 44, p. 2936.
[1053] *Ibid.* Voir également, F. MATTATIA, « Faut-il dépénaliser les hackers blancs ? », *RSC*, 2015, p. 840-841 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Délit de trafic de moyens destinés à commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données », *D.*, 2010, n° 13, p. 808.
[1054] F. MATTATIA, « Faut-il dépénaliser les hackers blancs ? », *RSC*, 2015, p. 840.
[1055] CE, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Étude adoptée le 25 février 2016, La Documentation française, 2016, p. 74.

Une protection des lanceurs d'alerte de bonne foi existe, mais elle n'est, pour le moment, pas pleinement satisfaisante, car cette protection varie au gré des infractions concernées. En effet, il existe des mécanismes de protection adaptés mais spéciaux (A), quand d'autres sont généraux mais insuffisants (B).

A. Des mécanismes de protection adaptés mais spéciaux

En droit français, il existe des mécanismes adaptés permettant au lanceur d'alerte poursuivi d'être relaxé. Néanmoins, ces mécanismes sont limités car ils ne concernent que le lanceur d'alerte poursuivi pour diffamation[1056]. Ce dernier dispose en effet deux moyens de défense spécifiques : l'exception de vérité (1) et la bonne foi (2).

1. L'exception de vérité

L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 précise que « *la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée* » sauf en cas d'imputation concernant la vie privée de la personne diffamée[1057], c'est l'exception de vérité *ou exceptio veritatis*. Toutefois, il est des hypothèses dans lesquelles il est particulièrement difficile pour un lanceur d'alerte de démontrer la véracité de certains faits, notamment lorsqu'il s'agit de dénoncer une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général. N'est-il pas extrêmement complexe pour la personne qui lance une alerte, parce que tel fait, telle donnée ou telle action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement, de démontrer la certitude de ce risque[1058] ? En outre, la jurisprudence se montre « *très exigeante* »[1059], car la preuve doit être « *complète et absolue* »[1060].

En somme, le juge doit être « *entièrement convaincu par les éléments invoqués puisqu'il ne peut pas les compléter lui-même* »[1061]. Si l'exception de vérité est un moyen de défense pour le lanceur d'alerte, elle ne semble donc pas si protectrice et est en outre soumise à un certain formalisme[1062]. Mais il existe un deuxième fait justificatif plus efficace en matière de diffamation : l'exception de bonne foi.

[1056] Sous réserve de l'application du mécanisme de la responabilité en cascade prévu par les articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881. Ce sont d'abord les directeurs de publication ou éditeurs qui sont poursuivis en tant qu'auteurs principaux et à défaut, les auteurs des propos diffamatoires. Mais si les directeurs de publication ou les éditeurs sont poursuivis en tant qu'auteurs principaux, alors les auteurs des propos sont poursuivis en tant que complices.

[1057] Article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

[1058] C. APETROAIE, C. CHASSANG, « Les lanceurs d'alerte en matière environnementale : une nouvelle espèce en voie de protection ? », Deuxième séance des après-midi du CDPC, *Délinquances écologiques saisies par le droit répressif*, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 15 février 2013.

[1059] E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, Paris, LexisNexis, 2011, 3e édition, p. 279.

[1060] *Ibid.*

[1061] *Ibid.*

[1062] Voir les articles 55 et 56 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

2. La bonne foi

Il s'agit d'une « *construction jurisprudentielle*1063 » qui constitue « *le moyen de défense le plus fréquemment utilisé* »1064 en ce qu'elle pose moins de difficulté, pour la personne poursuivie[1065], que « *l'apport de la preuve de la vérité du fait diffamatoire* »1066. Bien évidemment, la jurisprudence a posé un certain nombre de critères, mais il n'en demeure pas moins que la bonne foi est le moyen de défense qui, dans la pratique, permet à la personne poursuivie « *d'obtenir une relaxe* »1067. Quatre critères cumulatifs ont ainsi été développés par la jurisprudence[1068] : la légitimité du but poursuivi (qui exige que l'information soit pertinente ou utile pour le public[1069]), l'absence d'animosité personnelle (c'est-à-dire que l'auteur des propos doit être animé par la volonté d'informer le public[1070]), la prudence dans l'expression de la pensée (qui implique que l'auteur ait usé de propos mesurés) et le sérieux de l'enquête et des sources (qui « *suppose un recoupement et une vérification des sources de l'information* »[1071]).

Mais la doctrine montre que ces quatre critères peuvent varier au gré des jurisprudences selon qu'est en cause l'information, l'humour, le politique, l'expression citoyenne, l'expression syndicale, la science ou encore l'histoire[1072]. Il semble même que, dès lors qu'il s'agit d'un sujet d'intérêt général, ces quatre critères soient évalués de manière plus souple « *à la lueur de ce que permet la liberté d'expression sur un tel sujet* »[1073]. C'est d'abord dans un arrêt du 11 mars 2008[1074] que la Chambre criminelle a fait montre d'une « *bienveillance particulière* »[1075] à l'égard d'un sujet d'intérêt général, en l'occurrence un article de presse traitant du « *rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de droit étranger qui avait entraîné la mise à la charge de*

1063 E. DERIEUX, *Droit des médias*, Paris, LGDJ, 2010, 6e édition, p. 503.
1064 *Ibid.*
1065 Ce fait justificatif s'applique à toutes les personnes poursuivies en tant qu'auteurs ou complices, même si la bonne foi « *est appréciée sur la tête de l'auteur du propos* » qui parfois n'est pas « *l'auteur principal du délit mais, au mieux, son complice* » : E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, Paris, LexisNexis, 2011, 3e édition, p. 282.
1066 *Ibid.*
1067 D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, Paris, PUF, 2005, 2e édition, p. 381.
1068 Voir notamment, Civ. 2e, 27 mars 2003, *Bull. civ.* n° 84 ; Civ. 2e, 14 mars 2002, *Bull. civ* n° 41. Voir également, E. DERIEUX, *Droit des médias*, *op. cit.*, p. 504.
1069 E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, Paris, LexisNexis, 2011, 3e édition, p. 285.
1070 *Ibid.*
1071 *Ibid*, p. 289.
1072 C. BIGOT, *Pratique du droit de la presse*, Victoires Éditions, 2013, p. 117-152 ; B. DE LAMY, « Le « débat sur un sujet d'intérêt général » comme justification des infractions de presse », *Legipress*, 2015, n° 323, p. 20.
1073 O. DECIMA, S. DETRAZ, « La chambre criminelle de la Cour de cassation et la liberté d'expression », *RPDP*, 2012, n° 4, p. 853.
1074 Cass. Crim., 11 mars 2008, *Bull. Crim.* n° 59.
1075 O. DECIMA, S. DETRAZ, « La chambre criminelle de la Cour de cassation et la liberté d'expression », *RPDP*, 2012, n° 4, p. 851.

l'Etat français, et donc du contribuable, des sommes considérables »[1076]. Cette ligne jurisprudentielle a ensuite été confirmée à plusieurs reprises et, dans un arrêt du 19 janvier 2010, la Chambre criminelle estime d'ailleurs que « *la bonne foi doit être appréciée en tenant compte notamment du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel portent les propos litigieux* »[1077].

Mais parfois, la Cour de cassation, retient, pour exclure la diffamation, le sujet d'intérêt général sans même se référer aux critères de la bonne foi et en se fondant uniquement sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme[1078]. Ce fut le cas à propos d'un autre article relatif *« aux rapports entretenus entre l'Etat et les collectivités territoriales, à l'occasion de l'extension d'une usine de retraitement des déchets et du transfert de la gestion des routes nationales au département* »[1079], à propos d'un passage d'un reportage relatif au conflit israélo-palestinien dans la bande de Gaza[1080], ou concernant encore « *la politique municipale concernant la mise en œuvre de la législation sur les nuisances sonores et le respect de l'environnement, dans une localité rurale dépendante de l'économie touristique* »[1081]. Le sujet d'intérêt général apparaît ici comme une justification « *indépendante de la bonne foi et de ses conditions plus contraignantes* »[1082].

En tout état de cause, l'existence d'un sujet d'intérêt général ne suffit pas à écarter la responsabilité pénale de la personne poursuivie, encore faut-il qu'existe une « *base factuelle suffisamment sérieuse* »[1083]. Plus récemment, le 21 novembre 2017, la Cour d'appel de Toulouse a également mobilisé l'intérêt général précisément en faveur d'un lanceur d'alerte qui a dénoncé, dans plusieurs émissions, la maltraitance dont faisaient l'objet des enfants handicapés dans le centre spécialisé où il avait exercé[1084]. Selon la Cour d'appel, en effet, ce sujet s'imbrique *« notamment au travers de l'émergence des lanceurs d'alerte, dans un débat plus important, d'ordre public et national, relatif à la prise en charge du handicap lourd et de la vulnérabilité de certains de nos concitoyens, en raison de leur âge, de leur déficience physique et mentale, et ce, notamment, dans des régions défavorisées socialement et médicalement* ». Puis, elle conclut en estimant que l'énumération de certains termes par le donneur d'alerte tels que *« décès, manque de soin, camisole chimique, enfants attachés, enfermés »* tendait à décrire des agissements « *à défaut de les préciser, dont*

[1076] Cass. Crim., 11 mars 2008, *Bull. Crim.* n° 59.
[1077] Cass. Crim., 19 janvier 2010, *Bull. Crim.* n° 12.
[1078] Voir par exemple, B. DE LAMY, « Le « débat sur un sujet d'intérêt général » comme justification des infractions de presse », *Legipress*, 2015, n° 323, p. 20.
[1079] Cass. Crim., 29 mars 2011, *Bull. Crim.* n° 61.
[1080] Cass. Crim., 10 septembre 2013, *Bull. Crim.* n° 176.
[1081] Cass. Crim., 8 avril 2014, *Bull. Crim.* n° 103.
[1082] B. DE LAMY, « Le « débat sur un sujet d'intérêt général » comme justification des infractions de presse », *Legipress*, 2015, n° 323, p. 20.
[1083] Cass. Crim., 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-87296 ; Cass. Crim., 11 mars 2014, pourvoi n° 13-80440 ; Cass. Crim., 6 mai 2014, pourvoi n° 12-87789.
[1084] CA Toulouse, 21 novembre 2017, n° 4363/17.

cependant l'intérêt sur le débat général des lanceurs d'alerte et de la maltraitance des personnes vulnérables et handicapées, fait ôter tout caractère diffamatoire »[1085].

Ainsi, selon Christophe BIGOT, « *l'intérêt général semble avoir acquis aujourd'hui en droit interne le statut de notion-pivot de l'appréciation du principe de proportionnalité* »[1086]. Cela semble plutôt favorable au lanceur d'alerte, qui plus est non-professionnel[1087], mais n'empêche pas, en l'absence de définition de la notion d'intérêt général, d'engendrer un risque d'insécurité juridique[1088].

Toujours est-il que le fait justificatif de la bonne foi est un mécanisme assez protecteur du lanceur d'alerte poursuivi pour diffamation. En outre, lorsque la diffamation est publique, il s'agit d'une infraction de presse soumise à la prescription trimestrielle[1089]. C'est un délai particulièrement court et bienvenu pour le lanceur d'alerte, car les personnes se sentant diffamées doivent agir vite. Enfin, pour éviter un certain « *type de harcèlement* »[1090] dont feraient l'objet les lanceurs d'alerte, le Conseil d'État incitait les parquets, dans son étude de 2016, « *à faire usage de la possibilité de requérir le prononcé de sanctions civiles à l'encontre d'une personne intentant contre un lanceur d'alerte de bonne foi des procédures en diffamation déclarées abusives par le juge, tout en restant attentifs aux alertes revêtant un caractère diffamatoire* »[1091].

Mais, si la bonne foi est un moyen de défense suffisant et adapté, elle est spécifique à la diffamation et ce fait justificatif ne peut s'étendre aux autres infractions susceptibles de s'appliquer au lanceur d'alerte ou potentiel lanceur d'alerte. Pour les autres, il faut alors se tourner vers des mécanismes de protection généraux, prévus dans la partie générale du code pénal. Ils semblent néanmoins, en l'état, insuffisamment protecteurs.

B. Des mécanismes de protection généraux mais insuffisants

La partie générale du code pénal offre plusieurs outils qui peuvent, mais dans une certaine mesure seulement, être favorables au lanceur d'alerte, soit au regard de la sanction pénale prononcée (1), soit au regard des causes d'irresponsabilité pénale reconnues (2).

[1085] *Ibid.*
[1086] C. BIGOT, « L'utilisation du critère de l'intérêt général en droit interne : éléments pour un bilan », *Legipresse*, 2015, n° 323, p. 32.
[1087] C. BIGOT, *Pratique du droit de la presse*, Victoires Éditions, 2013, p. 137.
[1088] Voir B. DE LAMY, « Le « débat sur un sujet d'intérêt général » comme justification des infractions de presse », *Legipress*, 2015, n° 323, p. 21 ; C. BIGOT, « L'utilisation du critère de l'intérêt général en droit interne : éléments pour un bilan », *Legipresse*, 2015, n° 323, p. 33-36 ; F. SAFI, « Le rôle du juge dans la sanction des abus de la liberté d'expression », *Droit pénal*, 2017, n° 2, Étude 3, p. 11-12 ; P. CONTE, note sous Cass. Crim., 11 mars 2008, *Bull. Crim.* n° 59, *RPDP*, 2008, n° 4, p. 869-874.
[1089] Article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
[1090] CE, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Étude adoptée le 25 février 2016, La Documentation française, 2016, p. 72.
[1091] *Ibid*, Proposition n° 14.

1. Le prononcé d'une sanction pénale atténuée

Quant à la sanction pénale, le juge peut en effet décider de prononcer une sanction clémente en prenant en considération le contexte de l'alerte. Aux termes de l'article 132-1 du code pénal, « *toute peine prononcée par une juridiction doit être individualisée* », ce qui suppose pour le juge de se prononcer au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité de l'auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale[1092]. De surcroît, le juge peut décider de ne pas prononcer de peine d'emprisonnement à l'encontre du lanceur d'alerte. D'abord, « *en matière correctionnelle, une peine d'emprisonnement sans sursis, ne peut être prononcée qu'en dernier recours* »[1093]. Or, l'ensemble des infractions dont les lanceurs d'alerte peuvent se rendre coupables sont bien des délits. Le lanceur d'alerte se verra donc très probablement accorder une peine d'emprisonnement avec sursis. Ensuite, s'agissant des délits, le juge n'est pas tenu de prononcer une peine minimum d'emprisonnement, ce qui n'est pas le cas s'agissant des crimes[1094]. Il peut alors décider de prononcer à la place un stage de citoyenneté[1095], un travail d'intérêt général[1096] ou une peine d'amende même assortie d'un sursis[1097]. Cette solution permet alors au lanceur d'alerte reconnu coupable de l'une des infractions étudiées de bénéficier d'une sanction relativement clémente. Toujours est-il qu'en raison du signalement d'une atteinte grave à l'intérêt général, le lanceur d'alerte sera symboliquement sanctionné.

L'autre solution à la disposition du juge serait alors celle de prononcer une dispense de peine, conformément à l'article 132-58 du code pénal. Si « *le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé* »[1098], le lanceur d'alerte peut alors bénéficier d'une dispense de peine. Apparaissant comme « *un mécanisme de correction de la justice afin d'éviter des condamnations injustes* »[1099], la dispense de peine peut sembler satisfaisante. Il n'en demeure pas moins que la responsabilité pénale du lanceur d'alerte aura tout de même été reconnue.

Si la sanction peut être clémente ou inexistante, cette solution n'est toutefois pas pleinement satisfaisante pour le potentiel lanceur d'alerte. Il convient alors de se tourner vers la reconnaissance d'une éventuelle cause d'irresponsabilité pénale légale.

[1092] Article 132-1 du code pénal.
[1093] Article 132-19 du code pénal.
[1094] En matière criminelle, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure à deux ans lorsque l'infraction est punie de la réclusion criminelle à perpétuité et à un an lorsqu'elle est punie de la réclusion criminelle à temps (voir l'article 132-18 du code pénal).
[1095] Voir les articles 131-3 et 131-5-1 du code pénal.
[1096] Voir les articles 131-3 et 131-8 du code pénal.
[1097] Articles 132-30 et 132-31 du code pénal.
[1098] Article 132-59 du code pénal.
[1099] J.-P. CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », *Répertoire pénal*, 2017, § 97.

2. La reconnaissance d'un fait justificatif légal

Afin que la responsabilité pénale du lanceur d'alerte ne soit pas retenue, il existe également, dans la partie générale du code pénal, cinq causes d'irresponsabilité pénale. Parmi ces faits justificatifs légaux, deux semblent inappropriés aux hypothèses ici envisagées : la légitime défense[1100] car elle suppose une attaque injustifiée envers le lanceur d'alerte, le commandement de l'autorité légitime[1101] car il ne concernerait alors que l'hypothèse du lanceur d'alerte ayant reçu l'ordre d'une autorité publique légitime[1102].

En revanche, depuis la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique[1103], il existe à l'article 122-9 du code pénal une cause d'irresponsabilité pénale spécifiquement dédiée aux lanceurs d'alerte. Tous les lanceurs d'alerte sont-ils désormais protégés grâce à cette nouvelle immunité pénale ? Rien n'est moins évident. En effet, aux termes de ce nouvel article, n'est pas pénalement responsable « *la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte* » prévus à l'article 6 de cette même loi du 9 décembre 2016.

Même une lecture rapide nous permet de comprendre que tous les donneurs d'alerte ne sont pas couverts par ce fait justificatif, dont le champ d'application demeure bien limité[1104]. De nombreuses conditions doivent en effet être remplies par le lanceur d'alerte et un certain nombre de signalements sont en réalité exclus du champ d'application de cette cause d'irresponsabilité pénale, si bien qu'elle ne concerne que peu d'hypothèses. Premièrement, est concerné le lanceur d'alerte qui a porté atteinte à un secret protégé par la loi. Sont donc d'entrée exclues du champ d'application : la diffamation (mais dans ce cas le lanceur d'alerte bénéficie du fait justificatif spécifique de la bonne foi[1105]), l'atteinte à l'intimité de la vie privée, le vol, l'abus de confiance, l'escroquerie et les infractions relatives aux STAD. Deuxièmement, la divulgation doit être nécessaire et proportionnée. Ces deux conditions sont communes à un certain nombre de faits justificatifs[1106], comme la légitime défense[1107] ou l'état de nécessité[1108]. Elles ne posent pas de difficultés *a priori*, mais il faudra observer la jurisprudence afin de savoir si elles sont interprétées strictement ou non par le

---

[1100] Article 122-5 du code pénal.
[1101] Article 122-4 alinéa 2 du code pénal.
[1102] Voir par exemple, X. PIN, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2018, 9e édition, p. 236-238.
[1103] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
[1104] F. LUDWICZAK, « Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale », in M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS (dir.), *Les lanceurs d'alerte*, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, p. 186.
[1105] Voir *supra*.
[1106] R. PARIZOT, « Les renversements de la responsabilité pénale », *RSC*, 2017, n° 2, p. 367.
[1107] Article 122-5 du code pénal.
[1108] Article 122-7 du code pénal.

juge[1109]. Troisièmement, le signalement doit être intervenu dans le respect des procédures définies par la loi.

Différentes procédures de signalement sont en effet prévues et, par exemple, l'agent d'un service de renseignements qui aurait connaissance dans l'exercice de ses fonctions de violations manifestes des règles relatives au renseignement qu'il souhaiterait dénoncer, ne peut porter ces faits qu'à la connaissance « *de la seule Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement* »[1110]. L'une des procédures de signalement a aussi été établie par la loi du 9 décembre 2016, que d'aucuns qualifient volontiers de « *parcours du combattant* »[1111]. Selon l'article 8 de cette loi, le lanceur d'alerte doit transmettre son signalement à son supérieur hiérarchique, direct ou indirect, à son employeur ou un référent désigné par celui-ci[1112]. En cas d'absence de diligences de cette personne dans un délai raisonnable, l'alerte peut alors être adressée à l'autorité judiciaire ou administrative ou aux ordres professionnels[1113].

Ce n'est qu'en dernier ressort, en cas d'absence de diligence de ces derniers dans un délai de trois mois, que le lanceur d'alerte peut porter son signalement à la connaissance du public[1114]. Il existe néanmoins une exception en cas de « *danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles* »[1115], situation dans laquelle le donneur d'alerte peut porter son signalement directement à la connaissance de l'autorité judiciaire ou administrative ou aux ordres professionnels, voire directement à la connaissance du public[1116]. Si le lanceur d'alerte ne respecte pas l'une des procédures de signalement définies par la loi, il ne pourra bénéficier de ce nouveau fait justificatif[1117]. Quatrièmement, l'auteur du signalement doit répondre aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus par l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016.

Or, selon cet article, « *un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ». Si le lanceur d'alerte doit être de

---

[1109] Voir F. LUDWICZAK, « Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale », in M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS (dir.), *Les lanceurs d'alerte*, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, p. 189-191.
[1110] Article L. 861-3 du code de la sécurité intérieure.
[1111] A. ROUX, « La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » : une avancée encore en retrait des attentes des praticiens », *AJ Pénal*, 2017, n° 2, p. 62.
[1112] Article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisaton de la vie économique.
[1113] *Ibid.*
[1114] *Ibid.*
[1115] *Ibid.*
[1116] *Ibid.*
[1117] R. PARIZOT, « Les renversements de la responsabilité pénale », *RSC*, 2017, n° 2, p. 367.

bonne foi, on s'aperçoit d'abord que les personnes morales sont exclues du bénéfice de la cause d'irresponsabilité pénale. On s'aperçoit ensuite que, pour bénéficier de ce fait justificatif, le lanceur d'alerte ne doit pas avoir agi de manière intéressée. En réalité, les débats parlementaires font ressortir l'idée selon laquelle sont seulement exclues du bénéfice de ce fait justificatif les personnes agissant par intérêt financier[1118]. Puis, le lanceur d'alerte doit avoir dénoncé soit un crime ou un délit, soit une violation manifeste de la loi ou du règlement, d'un engagement international ou d'un acte unilatéral d'une organisation, soit une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général. Enfin, il doit avoir eu personnellement connaissance du fait qu'il dénonce, « *ce qui signifie que le lanceur d'alerte ne peut se faire le porte-parole d'un tiers* »[1119].

Il faut de surcroît se souvenir que ne sont concernés par cette cause d'irresponsabilité pénale que les lanceurs d'alerte qui auraient porté atteinte à un secret protégé par la loi, à savoir le secret professionnel, le secret de la défense nationale et le secret des correspondances[1120]. Or, le deuxième alinéa de l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 vient de nouveau réduire le champ des possibles, car sont expressément exclus le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret des relations entre un avocat et son client. Cette toute nouvelle cause d'irresponsabilité pénale, « *soumise à des conditions soigneusement verrouillées par le législateur* »[1121], ne semble donc concerner qu'un nombre d'hypothèses tout-à-fait dérisoire.

Une autre cause d'irresponsabilité pénale prévue par la partie générale du code pénal pourrait alors être mobilisée : l'état de nécessité[1122]. Prévu par l'article 122-7 du code pénal, ce fait justificatif prévoit que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». Cette hypothèse vise donc la situation dans laquelle le lanceur d'alerte va commettre une infraction afin d'éviter le péril actuel ou imminent qui le menace ou qui menace autrui ou un bien. On voit, dès la première lecture que, si dans certaines hypothèses le lanceur d'alerte peut effectivement mobiliser l'état de nécessité, elles sont toutefois restreintes. En effet, l'état de nécessité ne vise que l'hypothèse où le donneur d'alerte opère un signalement car il existe un risque, un danger, une menace.

[1118] Voir E. ALT, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte, A propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP(G)*, 2017, n° 4, p. 152.
[1119] R. PARIZOT, « Les renversements de la responsabilité pénale », *RSC*, 2017, n° 2, p. 369.
[1120] Infractions étudiées *supra*.
[1121] R. PARIZOT, « Les renversements de la responsabilité pénale », *RSC*, 2017, n° 2, p. 366.
[1122] E. LETOUZEY, « La pénalisation de l'alerte », in *Les lanceurs d'alerte – L'anniversaire de la loi Sapin II*, Colloque, Palais de Justice de Versailles, 8 décembre 2017.

Celui qui dénonce un crime, un délit, un fait passé ou encore la classification abusive d'un document secret-défense (qui par exemple porterait sur la commission, par un homme politique, d'une infraction de droit commun) ne pourrait pas bénéficier de cette cause d'irresponsabilité pénale car la menace n'existe plus, le risque s'étant déjà réalisé. Cette condition est de surcroît appréciée strictement par le juge de sorte que le danger doit être réel et qu'une simple crainte ne suffit pas[1123]. Réapparaissent ici aussi les conditions tenant à la nécessité et à la proportionnalité de l'acte accompli face au danger. Or, l'article 122-7 précise bien que l'infraction commise par le lanceur d'alerte doit être « *nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien* ». Dès lors, s'il n'y a plus de danger menaçant l'auteur du signalement, autrui ou un bien, aucun acte ne sera plus nécessaire à sa sauvegarde. En outre, dans les hypothèses où le danger existe encore, cette condition de nécessité est également appréciée strictement par le juge, de sorte qu'il ne doit pas exister pour le lanceur d'alerte d'autres alternatives, d'autres solutions moins périlleuses[1124]. Le lanceur d'alerte qui n'aurait pas respecté les procédures de signalement prévues par la loi ne semble donc pouvoir bénéficier de cette cause d'irresponsabilité pénale. Si l'état de nécessité est un fait justificatif que les lanceurs d'alerte peuvent mobiliser, force est donc d'admettre qu'il ne peut couvrir toutes les hypothèses envisagées.

Néanmoins, il existe encore un autre fait justificatif mobilisable par le lanceur d'alerte : l'ordre ou l'autorisation de la loi. En effet, selon l'article 122-4 du code pénal, « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ». D'abord, on note que seule une disposition législative ou règlementaire peut prescrire ou autoriser la commission d'une infraction[1125]. Toutefois, les hypothèses dans lesquelles la loi ordonne ou autorise une telle commission sont assez nombreuses. Il y a d'abord l'hypothèse dans laquelle la loi ordonne purement et simplement la commission de l'infraction. C'est le cas par exemple du médecin qui, obligé de révéler certaines maladies contagieuses, viole le secret médical[1126], du banquier qui, en violation du secret bancaire, opère une déclaration de soupçon à TRACFIN[1127] ou encore du commissaire aux comptes qui révèle les faits délictueux dont il a eu connaissance au cours de sa mission[1128].

Mais dans ces hypothèses, l'auteur, obligé de procéder au signalement, n'est pas un lanceur d'alerte. Dans d'autres hypothèses, la loi permet la commission d'une infraction sans toutefois l'imposer. Et force est d'admettre que plusieurs dispositions légales

---

[1123] Voir par exemple, Cass. Crim., 1er juin 2005, *Bull. Crim.* n° 168.
[1124] Voir par exemple, Cass. Crim., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-85690.
[1125] Il faut toutefois préciser qu'une disposition règlementaire ne peut prescrire ou autoriser que la commission d'une contravention, à l'exclusion donc d'un crime ou d'un délit.
[1126] Article L. 3113-1 du code de la santé publique.
[1127] Article L. 561-15 du code monétaire et financier.
[1128] Article L. 823-12 du code de commerce. Le fait, pour un commissaire aux comptes, de ne pas révéler ces faits délictueux est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (article L. 820-7 du code de commerce).

permettent en effet au lanceur d'alerte d'opérer un signalement sans craindre les foudres du droit pénal. Aussi, bien que l'article 226-13 du code pénal punisse la violation du secret professionnel, l'article 226-14 du code pénal prévoit que la responsabilité pénale de l'auteur du signalement n'est pas engagée lorsque la loi l'impose ou l'autorise ainsi que dans une série de trois cas listés par ce même article 226-14, à partir du moment où l'alerte est adressée de bonne foi aux autorités compétentes : le signalement aux autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris les atteintes ou mutilations sexuelles, dont l'auteur a eu connaissance et qui on été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ; le signalement, auprès du procureur de la République ou de la cellule visée à l'article L. 226-3 du code de l'action sociale et des familles, effectué, avec l'accord de la victime (sauf mineurs et personnes vulnérables) par un médecin ou un autre professionnel de santé, de sévices ou de privations, sur le plan physique ou psychique, constatés dans l'exercice de sa profession et permettant de présumer des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ; le signalement au préfet par les professionnels de santé ou de l'action sociale « *du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une* »[1129].

S'agissant des signalements que la loi autorise mais n'impose pas, il s'agit en réalité pour le professionnel d'une option de conscience : soit il révèle, soit il conserve le secret. Mais dans tous les cas, il ne peut engager sa responsabilité pénale. Par exemple[1130], l'article 434-1 du code pénal punit d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende[1131] la non-dénonciation de crime, c'est-à-dire « *le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives* »[1132]. Or, ce même article prévoit également que les personnes astreintes au secret professionnel ne sont pas obligées par ces dispositions pénales[1133].

Dans ces hypothèses concernant la dénonciation ou la non-dénonciation de crimes, le professionnel peut donc « *choisir en conscience entre la dénonciation et le secret* »[1134]. De manière générale, le professionnel se trouvant face à une option de conscience ne peut pas, quel que soit son choix, voir sa responsabilité pénale engagée. En effet, « *soit le professionnel garde le silence, respectant ainsi le secret et nul ne peut lui en faire le reproche*

[1129] Article 226-14 du code pénal.
[1130] Mais voir également les articles 434-3 et 434-11 du code pénal.
[1131] Cinq ans et 75 000 euros lorsque le crime est une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou un acte de terrorisme, selon l'article 434-2 du code pénal.
[1132] Article 434-1 du Code pénal.
[1133] *Ibid.*
[1134] P. BONFILS, « Non-dénonciation de crime », *JClasseur Pénal Code*, Fasc. 20, 2016, § 14.

car il obéit à la loi en général et à l'article 226-13 en particulier. Soit le professionnel décide de révéler, protégeant ainsi les intérêts d'une victime, et nul ne peut lui en faire le reproche car il obéit à l'article 226-14-1°. Autrement dit, se taire est licite, parler est licite : il peut choisir en conscience »[1135]. Un autre exemple concerne les fonctionnaires qui, tenus au secret professionnel[1136], doivent révéler sans délai au procureur de la République tout crime ou tout délit dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions[1137]. Le caractère obligatoire de cette révélation doit toutefois être tempéré par le fait qu'elle n'est assortie d'aucune sanction pénale.

En dehors de ces hypothèses de dénonciation de crimes et délits, les fonctionnaires sont tenus de faire « *preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* »[1138]. L'alerte est donc ici balisée et l'autorisation semble limitée au signalement de crimes et délits[1139]. L'autorisation de la loi est donc une cause d'irresponsabilité pénale tout-à-fait mobilisable par le lanceur d'alerte, mais elle semble particulièrement circonscrite à l'infraction de violation du secret professionnel.

Cependant, afin de protéger le potentiel donneur d'alerte contre les représailles de son employeur ou de son supérieur hiérarchique, les lois successives ont créé un certain nombre de dispositions spécifiques permettant à l'auteur du signalement d'être protégé dans le cadre professionnel. Ainsi en est-il en matière de dénonciation relative à des faits de discrimination[1140], harcèlement moral[1141], harcèlement sexuel[1142], crime ou délit[1143], conflit d'intérêts[1144] ou encore violations manifestes des règles relatives au renseignement[1145]. Or, selon Chantal MATHIEU et Fabienne TERRYN, on pourrait considérer « *qu'à travers les différents textes protégeant disciplinairement le salarié lanceur d'alerte, la loi autorise implicitement une telle dénonciation* »[1146]. Et « *parce que la loi ne saurait, sans contradiction, d'un côté autoriser une telle dénonciation et, dans le même temps, la*

[1135] B. PY, « Secret professionnel : le syndrôme des assignats ? », *AJ Pénal*, 2004, n ° 4, p. 133.
[1136] Article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
[1137] Article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale.
[1138] Article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
[1139] J.-P. FOEGLE, S. PRINGAULT, « Les lanceurs d'alerte dans la fonction publique, Les mutations contemporaines d'une figure traditionnelle de l'agent public », *AJDA*, 2014, p. 2258.
[1140] Article L. 1132-3 du code du travail et articles 6 et 6 *bis* de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
[1141] Article L. 1152-2 du code du travail et article 6 *quinquiès* de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
[1142] Article L. 1153-3 du code du travail et article 6 *ter* de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
[1143] Article L. 1132-3-3 du code du travail, toujours en vigueur ; Article 6 *ter* A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
[1144] Voir notamment l'article 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatvie à la transparence de la vie publique, l'article L. 4122-4 du code de la défense ainsi que l'article 6 *ter* A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
[1145] Article L. 861-3 du code de la sécurité intérieure.
[1146] C. MATHIEU, F. TERRYN, « Le statut du lanceur d'alerte en quête de cohérence », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 164.

considérer comme constitutive d'une infraction, l'immunité pénale sur le fondement de l'autorisation de la loi devrait s'imposer »[1147].

Or, dans un arrêt rendu le 28 septembre 2016[1148], la première chambre civile de la Cour de cassation semble faire droit à cette interprétation en matière de harcèlement moral, faits en l'espèce dénoncés par une salariée. En réalité, la Cour d'appel de Paris avait estimé que, s'il existait un statut protecteur du salarié en la matière, les dispositions en question, à savoir l'article L. 1152-1 du code du travail, n'édictaient pas d'immunité pénale[1149]. Mais la Cour de cassation, censurant les juges d'appel, a estimé quant à elle, que si les salariés sont autorisés à dénoncer de tels fait, ils ne pouvaient dans le même temps être poursuivis pour diffamation. En cas de mauvaise foi et si les fait sont inexacts, ils peuvent néanmoins être poursuivis sur le fondement de la dénonciation calomnieuse. Cette jurisprudence semble pouvoir être généralisée à l'ensemble des dispositions qui autorisent le salarié ou le fonctionnaire à dénoncer certains faits sans craindre les foudres de leur employeur ou de leur supérieur hiérarchique et, même pourquoi pas, à tous les lanceurs d'alerte tels que définis par la loi du 9 décembre 2016[1150], c'est-à-dire à la « *personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* », en tout cas lorsqu'elle est poursuivie pour diffamation. Donc la permission de la loi est une cause d'irresponsabilité pénale intéressante pour les lanceurs d'alerte de bonne foi.

Toutefois, ce fait justificatif concerne presque exclusivement les infractions de violation du secret professionnel et de diffamation. En outre, dans un certain nombre d'hypothèses, l'auteur du signalement doit avoir respecté une procédure particulière ou avoir révélé l'information à l'autorité idoine pour en bénéficier. Il convient donc en réalité de relativiser l'ampleur du champ d'application de cette cause d'irresponsabilité.

Enfin, d'autres justifications ont pu être émises. Par exemple, en matière d'atteinte à l'intimité de la vie privée, la Cour d'appel de Bordeaux, dans l'affaire Bettencourt[1151], a confirmé la relaxe du majordome et des journalistes ayant diffusé les enregistrements. Elle retient l'état de nécessité pour relaxer le premier, et fait prévaloir la liberté d'expression pour les seconds, car le but poursuivi par les journalistes n'était pas de porter atteinte à l'intimité de la vie privée, mais d'informer le public sur un sujet d'intérêt général. En matière d'escroquerie, c'est encore l'intérêt général que la Chambre criminelle a pu mobiliser, à la

---

[1147] *Ibid.*
[1148] Cass. Civ., 1re, 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-21823. Voir notamment, Y. PAGNERRE, « Harcèlement, alerte et diffamation : enfin l'harmonie ? », *D.*, 2016, p. 2447-2452.
[1149] Cass. Civ., 1re, 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-21823.
[1150] Y. PAGNERRE, « Harcèlement, alerte et diffamation : enfin l'harmonie ? », *D.*, 2016, p. 2451.
[1151] CA Bordeaux, 21 septembre 2017, n° 16/00204.

faveur d'un journaliste, pour dire l'infraction non-constituée, car les « *agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique, de sorte que, eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression* »[1152]. Mais là encore, l'intérêt général n'étant pas défini, il existe un risque d'insécurité juridique[1153]. En outre, cette jurisprudence peut-elle s'appliquer dans d'autres hypothèses ? Et par exemple, pour d'autres infractions, commises par des personnes qui ne sont pas journalistes[1154] ?

Conclusion : vers un fait justificatif englobant ?

La répression des lanceurs d'alerte existe et elle est variée, réprimant ainsi à la fois les actes de signalement et les actes se situant en amont de l'alerte. La répression pénale doit demeurer, car elle seule permet de freiner les ardeurs d'un lanceur d'alerte malveillant ou de mauvaise foi.

Mais plus problématique, elle freine, dans le même temps, le lanceur d'alerte de bonne foi. La protection des auteurs de signalement bienveillants est donc nécessaire. Or, sur ce point, force est de constater que la protection des lanceurs d'alerte existe, mais qu'elle est fluctuante suivant que le lanceur d'alerte a commis telle infraction plutôt que telle autre. S'agissant de la diffamation, le lanceur d'alerte est plutôt bien protégé par le fait justificatif de bonne foi et, de manière subsidiaire, l'autorisation de la loi. Mais s'agissant des autres infractions, la protection est beaucoup plus aléatoire. La nouvelle cause d'irresponsabilité pénale, censée protéger les lanceurs d'alerte, a un champ d'application plus que restreint. L'état de nécessité ne couvre que les hypothèses où le lanceur d'alerte dénoncerait un danger. Quant à l'autorisation de la loi, elle ne semble là encore couvrir que certaines hypothèses de violation du secret professionnel et de diffamation. Face à cet *imbroglio* juridique, se pose alors la question de la nécessité d'une cause d'irresponsabilité pénale plus générale.

Ne faut-il pas finalement consacrer légalement ou jurisprudentiellement un fait justificatif « *englobant* » permettant de protéger le lanceur d'alerte de bonne foi quelle que soit l'infraction commise ? Si le lanceur d'alerte poursuivi pour diffamation est donc suffisamment protégé, tel n'est pas le cas de celui poursuivi pour certaines hypothèses de violation du secret professionnel et de violation du secret des correspondances, violation du secret de la défense nationale, atteinte à l'intimité de la vie privée, vol, abus de confiance, escroquerie, infractions en matière de STAD.

[1152] Cass. Crim., 26 octobre 2016, pourvoi n° 15-83774.
[1153] Voir *supra*.
[1154] Voir P. CONTE, « Justification de l'infraction : le cas des journalistes », *Droit pénal*, 2017, n° 1, comm. 2, p. 27.

Bien sûr, l'intérêt général a pu être mobilisé à plusieurs reprises, mais l'absence de critères précis et le risque d'insécurité juridique ont aussi été relevés[1155]. Des critères précis et des éléments de définition doivent alors être fixés par la jurisprudence afin de mesurer si l'atteinte à la liberté d'expression du lanceur d'alerte est ou non justifiée et lui permettre, le cas échéant, d'échapper à la responsabilité pénale. Le juge français pourrait alors s'inspirer des critères développés par la CEDH dans l'arrêt *GUJA contre Moldova*[1156] : l'existence d'autres moyens pour procéder à la divulgation, l'intérêt public présenté par l'information divulguée, l'authenticité de l'information divulguée, le poids respectif du dommage que la divulgation litigieuse risque de causer à l'autorité publique et de l'intérêt que le public peut avoir à obtenir cette divulgation, la bonne foi et la sévérité de la sanction (encourue). A l'image de la création du nouvel article 122-9 du code pénal, dont le champ d'application est bien trop limité, le législateur pourrait même décider de fixer ces critères légalement. Sinon, il faudra pour les lanceurs d'alerte se contenter de faire confiance au juge qui, soit retiendra l'un des faits justificatifs évoqués lorsque cela est possible, soit pourra prononcer des peines clémentes[1157], voire des dispenses de peine. En somme, la nouvelle cause d'irresponsabilité pénale créée à l'article 122-9 du code pénal n'a pas clos le débat. Bien au contraire...

C)Le cas particulier des agents des services de renseignement

Jean-Philippe Foegle

Comme l'a souligné à de nombreuses reprises le Conseil de l'Europe, l'adoption d'une conception trio rigide et extensive du *« secret de la défense nationale »* qui prévaut dans un grand nombre d'ordres juridiques conduit, précisément, à **rendre malaisée la détection de violations avérées de droits de l'homme**[1158]. Ce n'est donc qu'en brisant le voile opaque du secret pour ménager un espace de visibilité citoyenne sur les activités de renseignement que les abus peuvent être mis à jour, car comme le rappelait le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe M.Hammarberg, « *la menace d'une révélation freine les atteintes aux droits de l'homme* »1159 .

[1155] Voir *supra*.

[1156] Cour EDH, 12 février 2008, *Affaire GUJA c. Moldova*, Requête n° 14277/04. Sur cet arrêt, voir notamment Valérie JUNOD, « La liberté d'expression du Whistleblower », *RTDH*, 2008, n° 77, p. 228-260.

[1157] J.-P. MIGNARD, I. TEREL, « Les lanceurs d'alerte, agents actifs de la politique criminelle », *in Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine LAZERGES*, Paris, Dalloz, 2014, p. 743.

1158 Après avoir passé en revue 23 législations d'États-membres du Conseil de l'Europe, le rapport du 25 septembre 2006 portant sur l'équité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etat » souligne que « tous les systèmes législatifs passés en revue sont susceptibles de donner lieu à des abus » en matière de classification des informations. V. Christos Pourgourides, « Equité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etat », CDCJ(2006), Doc. 11031, Strasbourg, septembre 2006

1159 Paul Stephenson, Michael Levi, « La protection des donneurs d'alerte », Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, p. 40

Le développement des nouvelles technologies de l'information **renouvelle ces enjeux constitutionnels fort anciens et souvent pour le pire**, comme en témoigne la mise à jour des programmes « *Prism* » et « *Xkeyscore* » par Edward Snowden[1160]. Opérant par nature dans l'ombre et disposant de moyens de surveillance particulièrement intrusifs tels que les algorithmes prédictifs[1161] ou les « *IMSI-Catcher* »[1162], les services de renseignement disposent désormais de toute latitude pour soumettre les citoyens à une surveillance accrue. Au risque de dénaturer l'esprit même de la démocratie délibérative, car la menace sourde d'une surveillance met gravement en péril le *« droit d'être laissé à l'écart »* qui constitue l'essence du droit à la vie privée[1163] et la condition de possibilité d'une autonomie réelle des citoyens. Elle porte ainsi en elle **les germes de l'auto-censure et de la standardisation de la parole et donc d'une atteinte à la liberté d'expression dans toute sa diversité**[1164]. La Cour européenne des droits de l'Homme rappelait ainsi récemment et à juste titre qu'« *un système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale comporte le risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre »*[1165]. D'un point de vue plus prosaïque et au-delà de l'éternelle tension entre les concepts abstraits de sécurité et de liberté, le fonctionnement en vase clos des organisations favorise les erreurs et les faux jugements, et le domaine du renseignement n'échappe nullement à cette règle[1166].

Face aux dérives qu'autorisent l'opacité entourant les activités de renseignement l'accès du public à l'information apparaît ainsi ô combien essentielle, car seule de nature à assurer un véritable contrôle des gouvernés sur les gouvernants. En vertu du préambule des principes de Tswayne, l'accès à l'information est non seulement *« une garantie contre les abus de la part d'agents de l'Etat, mais elle permet également au public de jouer un rôle dans la définition des politiques de l'Etat »* et constitue de ce fait *« une composante essentielle d'une véritable sécurité nationale, de la participation démocratique et de l'élaboration de politiques rationnelles »*. Mais elle est également **essentielle pour assurer l'équilibre des**

1160 V., pour une description détaillée de ces programmes et leurs implications sur les droits consacrés par la Conv.EDH : Peter Omzigt, «Les opérations massives de surveillance », Conseil de l'Europe, AS/Jur (2015) 01, Strasbourg, 26 janvier 2014.

1161 Ces algorithmes, dont l'explosion des usages correspond à l'explosion parallèle du « Big Data », sont utilisés de manière croissante par les pouvoirs publics en vue d'identifier des profils « à risques ». L'on peut citer par exemple, en France, l'exemple du fichier « PNR » prévu par l'article 17 de la loi de programmation militaire du 18 décembre 2013, qui permet d'identifier les passagers aériens « à risques ».

1162 V. Pierre Alonso, Amaelle Guiton, « Imsi-catchers, des valises aux grandes oreilles », *Libération*,15 avril 2015.

1163 Il s'agit d'une expression mentionnée pour la première fois par les juges Brandeis et Warren dans un article de 1890, duquel l'on fait dater formellement l'idée de « droit à la vie privée ». V. Neil M. Richards, "The Puzzle of Brandeis, Privacy, and Speech", *Vanderbilt Law Review*, v.63, n.5, pp.1295-1352. V. également, sur les mutations contemporaines du droit à la protection de la vie privée : Antoinette Rouvroy et Yves Poullet. "Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel: une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie.", *Etat de droit et virtualité*, Ed. Karim Benyekhlef & Pierre Trudel. Montréal: Thémis, 2009.

1164 V, sur l'effet dissuasif de la surveillance de masse sur la liberté d'expression, l'excellente étude de l'association Pen America : Global Chilling: The Impact of Mass Surveillance on International Writers

1165 Cour EDH, 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, n° 40238/02, §117.

1166 Cass Sunstein, « Group Judgments: Statistical Means, Deliberation, and Information Markets » *N.Y.U. L. R EV.* 962, pp.964–67, 2005.

relations entre l'exécutif et les autres *« pouvoirs»* : le lancement d'alerte est souvent - du moins dans l'espace nord-américain - l'un des seuls moyens par lequel les parlement parvient à obtenir les informations nécessaires pour **opérer un contrôle effectif sur les activités de l'exécutif**[1167].

Au vu d'enjeux aussi essentiels, il n'est pas surprenant que la question de la protection des lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement ait fait l'objet d'une attention soutenue sur le plan international des suites de l'affaire Snowden. Ainsi, en 2013, les *« principes de Tswhayne »*[1168], rédigés par des acteurs associatifs en vue d'esquisser des pistes de conciliation entre sécurité nationale et accès du public à l'information ont détaillé la manière dont les Etats devraient protéger les lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement. Ces principes ont connu un succès certain sur le plan européen, en étant repris par le Conseil de l'Europe en 2013[1169], 2014[1170] et 2015[1171], ainsi que par le Parlement européen en 2014[1172]. Au niveau global, le rapport de juin 2014 du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur *« Le droit à la vie privée à l'ère du numérique »*[1173] adopte le même type d'approche, si bien que l'**on assiste timidement à la mise en place d'un véritable *« standard »* juridique – certes non-contraignant – en la matière**. Aux Etats-Unis, après une phase de « *name-game* » opposant ceux qui considèrent Edward Snowden comme *« traitre »* et ceux qui le considèrent comme un véritable « *lanceur d'alerte* »[1174], les pouvoirs publics se sont emparés de la question, conduisant à une progression sans précédent du statut des agents secrets lanceurs d'alerte en 2012 et 2014.

C'est dans ce contexte agité qu'intervient l'article 3bis de la loi sur le renseignement qui crée avec l'article L.855-3 du Code de la Sécurité Intérieure un statut pour les lanceurs d'alerte au sein des agences de renseignement. Présenté comme une avancée notable, il s'agirait là d'un garde-fou essentiel, nous dit-on, le *nec plus ultra* en matière de contrôle des activités

---

1167 Louis Fischer. "National security whistleblowers", Library of Congress Washington DC Congressional Research Service, 2005.

1168 Il s'agit des « Principes globaux de la sécurité nationale et du droit à l'information », publiés le 12 juin 2013, élaborés par 17 ONG et cinq centres universitaires.

1169 Arcadio Diaz Terera, « La sécurité nationale et l'accès à l'information », Conseil de l'Europe, CDCJ(2013)13293, Strasbourg, Septembre 2013

1170 Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 avril 2014, Recommandation CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte et exposé des motifs

1171 Peter Omtizgt, « Les opérations massives de surveillance en Europe », Conseil de l'Europe, CDCJ(2014), AS/Jur(2015)01, Strasbourg, janvier 2015 ; « La protection des donneurs d'alerte », Conseil de l'Europe, CDCJ(2014), AS/Jur (2015) 06.

1172 Parlement Européen, Résolution P7_TA-PROV(2014)0230 du 12 mars 2014 *sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures* ».

1173 Assemblée générale des Nations Unies, document 68/167 du 18 décembre 2013, « Le droit à la vie privée à l'ère du numérique ».

1174 Katy Steinmetz, « The Edward Snowden Name Game: Whistle-Blower, Traitor, Leaker », *Time*, 10 juin 2013.

de renseignement[1175]. En réalité, le système institué **apparaît bien éloigné du standard émergent en la matière dans le cadre des réflexions menées à l'échelon international et européen**. Inspiré des propositions du récent rapport du Conseil d'Etat[1176] lui-même inspiré du rapport « *Liberty and Security in a Changing World* »[1177] du Sénat américain, cette disposition instaure une protection calquée sur les dispositifs de lutte contre les discriminations au profit des lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement[1178]. Cette disposition apparaît toutefois au milieu du gué de l'objectif supposément poursuivi par ses auteurs, à savoir celui d'assurer un réel contrôle des activités de renseignement en encourageant le lancement d'alerte. Instaurant un « *droit d'alerter* » sur des activités de surveillance illégales, l'article **enserre l'alerte dans la voie étroite du secret partagé, réduisant de ce fait même largement l'étendue du droit d'alerter**. Créant une Commission de Contrôle des Activités de Renseignement[1179] (CNCTR) et prévoyant une possible saisine – indirecte – d'une autorité juridictionnelle, le législateur n'a offert ni à la première, ni à la seconde la possibilité de remédier aux comportements dénoncés, pas plus que d'enquêter de manière efficace sur ceux-ci ni même d'assurer une réelle protection aux lanceurs d'alerte

Faute d'élargir le champ des destinataires de l'alerte et la gamme des comportements pouvant faire l'objet d'une dénonciation, le « *droit* » d'alerter des lanceurs d'alerte travaillant dans le domaine du renseignement apparaît réduit à son plus simple appareil. Qui plus est, en cantonnant le droit d'alerter des agents du renseignement à un signalement à la Commission de Contrôle des Techniques de Renseignement d'atteintes à la vie privée des citoyens, le nouvel article L.855-3 du Code de la Sécurité Intérieure apparaît bien en deçà des recommandations du Conseil de l'Europe. **(1°.)** Les procédures d'alerte quand à elles sont peu susceptibles d'être efficaces en ce qu'elles sont enserrées dans le cadre rigide du secret de la défense national et ne prévoient pas avec précision les hypothèses dans lesquelles une alerte peut être rendue publique.

A – Un champ matériel et personnel d'application restrictivement défini

---

1175 Au cours de la séance du jeudi 16 avril 2015 à l'Assemblée nationale, la députée Isabelle Attarda défendu cet amendement de la manière suivante « *Cet amendement du rapporteur tel que sous-amendé par notre amendement n^{O} 403 est extrêmement respectueux, protecteur et conscient que l'illégalité peut être requise par la hiérarchie elle-même – c'est le cas de l'affaire Snowden. Et s'il colle à la réalité d'une affaire révélée par un agent de la NSA, ce n'est pas pour rien ! Cette affaire a quand même suscité la colère de Mme Merkel, quand celle-ci a su que son pays était écouté, ainsi que celle de nombreux autres gouvernements étrangers* ».

1176 Conseil d'Etat, Etude annuelle 2014, *Le numérique et les droits fondamentaux*, adoptée le 17 juillet 2014 par l'assemblée générale du Conseil d'Etat, publiée le 9 septembre 2014.

1177 V. Liberty and Security in a Changing World, décembre 2013. Libécembre 2013.

1178 La protection dont pourraient bénéficier les lanceurs d'alerte est ainsi calquée sur celles de l'article 6ter du statut général des fonctionnaires, qui prévoit un mécanismes de partage de la charge de la preuve en matière discriminatoire.

1179 La loi rejoint en cela la proposition du Conseil d'Etat qui suggérait de faire de la Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité (CNCIS) une Autorité de contrôle des services de renseignement, dotée de moyens et de prérogatives renforcées V. Conseil d'Etat, Etude annuelle 2014, *Le numérique et les droits fondamentaux*, adoptée le 17 juillet 2014 par l'assemblée générale du Conseil d'Etat, publiée le 9 septembre 2014. Proposition n° 41, p. 323

Le nouvel article prévoit que *« Tout agent d'un service spécialisé de renseignement mentionné à l'article L. 811-2 ou d'un service désigné par le décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 811-4 »* peut lancer l'alerte dès lors qu'il a connaissance *« dans l'exercice de ses fonctions »* de *« faits susceptibles de constituer une violation manifeste du présent livre »*[1180]. L'identification des agents auxquels cette disposition a vocation à s'appliquer ne suscite pas d'interrogation particulière : il s'agit de l'ensemble des agents de ce qu'il est désormais convenu de nommer depuis 2009 la *« communauté française du renseignement »*[1181], regroupant désormais près de 6 services dépendant de 3 ministères différents[1182].

Soulignons toutefois ici la première insuffisance de cette nouvelle disposition : celle-ci ne **s'applique qu'aux agents statutaires de la fonction publique *stricto-sensu*, et ne s'étend pas aux contractants de l'administration**, malgré une tentative de leur étendre les protections par le biais d'un amendement parlementaire. La mention *« dans l'exercice de ses fonctions »* ne porte pas non plus à confusion : la disposition se contente ici de reprendre une mention figurant dans la majorité des dispositifs français de protection des lanceurs d'alerte[1183]. Elle inscrit ceux-ci dans la continuité naturelle des obligations professionnelles des agents publics, ce qui tranche avec l'approche désormais consacrée outre-atlantique[1184]. En revanche, la mention d'une *« violation manifeste du présent livre »* mérite un examen plus approfondi. Le « présent livre » fait référence au livre VIII du Code de la Sécurité Intérieure, qui crée un article L. 811-1 du Code de la Sécurité Intérieure disposant de manière quelque peu grandiloquente que le *« respect de la vie privée, dans toutes ses composantes, notamment le secret des correspondances, la protection des données personnelles et l'inviolabilité du domicile, est garanti par la loi »*. L'autorité publique ne peut y porter atteinte que *« dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi, dans les limites fixées par celle-ci et dans le respect du principe de proportionnalité. »*.

Largement superfétatoire, cette disposition se contente bien évidemment de reprendre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'article 8 de la Conv. EDH. Rappelons que la Cour exige, pour qu'une ingérence dans le droit à la vie privée et familiale soit justifiée, que celle-ci soit nécessaire dans une société démocratique, prévue

---

1180 Au cours de la séance du jeudi 16 avril 2015 à l'Assemblée Nationale, le rapporteur de la loi Jean-Jacques Urvoas les décrivait comme *« des comportements délictueux, un usage inopportun, voir a-légal, des techniques de renseignement »*.

1181 V., pour une présentation détaillée, l'on pourra consulter le Rapport d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement (14 mai 2013)

1182 *Ibid.*

1183 V. sur ces textes : Anna Billard, Marc Duranton, Jean-Philippe Foegle et Tristan Martin-Teodorczyk, « Le « milieu du gué » de la protection législative des lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, 20 mai 2014.

1184 Dans l'arrêt « Garcetti contre Ceballos », la Cour suprême américaine a en effet estimé que, lorsque les agents publics divulguent des informations *« Dans le cadre/en vertu [pursuant to] de leurs obligations officielles »*, ceux-ci ne sont pas à considérer comme des *« citoyens »* pouvant bénéficier des protections du premier amendement. Les agents publics, s'ils veulent bénéficier d'une protection, doivent donc s'exprimer *« en tant que citoyens »*, et donc, en dehors de l'entreprise.

par la loi, et proportionnée aux buts recherchés. Celle-ci considère depuis 1978 que « *l'État doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire* »[1185] tout en exigeant que ces mesures soient soumises à un contrôle juridictionnel -ou à tout le moins d'un organisme indépendant et impartial[1186]- et que la loi use de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre de type de mesures.[1187].

L'ensemble des dispositions suivantes de la loi prévoient et encadrent, précisément, **les hypothèses dans lesquelles des mesures de surveillance peuvent être mises en œuvre** (Titre I) et **selon quelles procédures** (Titre II)· Les faits qui pourraient faire l'objet d'une alerte concernent donc des cas dans lesquels le droit à la vie privée serait violé soit parce qu'une mesure de surveillance serait mise en œuvre hors des hypothèses - très larges – dans lesquelles celles-ci peuvent être mises en place (art. L. 811-3) ; soit parce que les services n'auraient pas sollicité l'autorisation du Premier ministre en bonne et due forme (art. L. 821-2) ; soit, encore, parce que les données collectées n'auraient pas été supprimées à l'issue du délai prévu par la loi (art. L. 822-2).

Le champ matériel sur lequel peut porter l'alerte couvre ainsi *a priori* l'ensemble des hypothèses de surveillance illégale des communications, ce qui est cohérent avec la possibilité déjà évoquée par un rapport du Conseil d'État d'instaurer un droit d'alerter en matière de protection des données personnelles et de reconnaître aux agents du renseignement le droit de signaler l'existence de programmes illégaux de surveillance selon des « *modalités sécurisées* »[1188]. En revanche, la disposition n'étend aucunement le droit d'alerte à l'ensemble des violations des droits humains qui pourraient être commises par les agences de renseignement et passées sous silence. Or, précisément, les « *Principes de Tshwane* » élaborés au plan international et auxquels l'Assemblée parlementaire a souscrit **tendraient à une approche globale du lancement d'alerte, étendant celui-ci à l'ensemble des signalements d'intérêt général**. Dans ce cadre, le principe 37 prévoit un champ bien plus large de divulgations protégées, qui devaient *a minima* couvrir l'ensemble des crimes, des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international mais également la corruption, les menaces pour la santé et la sécurité publiques, les dangers pour l'environnement, l'abus de fonction publique, l'erreur judiciaire, la mauvaise gestion des deniers publics ou le gaspillage des ressources.

1185 Cour. EDH, Plen., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, Req. n° 5029/71.

1186 Dans l'arrêt *Klass*, la Cour avait été satisfaite de l'existence d'une commission composée de parlementaires de la majorité et de l'opposition et par une commission dite «G10 » dont les membres sont nommés par la commission parlementaire et exercent leurs fonctions en toute indépendance.

1187 Cour EDH, 4e Sect. 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, Req. n° 26839/05. V. Plus largement, sur la jurisprudence de la Cour relative à la surveillance policière : Cour EDH, Division de la recherche, National Security and European case-law, 2013. V. également Isabella Georgieva, « The Right to Privacy under Fire – Foreign Surveillance under the NSA and the GCHQ and Its Compatibility with Art. 17 ICCPR and Art. 8 ECHR », *Utrecht Journal of International and European Law*, n°31, p.104

1188 Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2014, préc.*. Proposition n° 42.

2./ Des voies de recours et canaux de l'alerte enserrés dans la voie étroite du secret partagé

Le nouvel article L.855-3 du Code de la Sécurité Intérieure encadre drastiquement l'exercice concret du droit d'alerte en ne prévoyant qu'un seul et unique canal permettant aux agents de la *« communauté française du renseignement »* de lancer l'alerte. En effet, cette nouvelle disposition prévoit qu'un lanceur d'alerte souhaitant signaler des faits susceptibles de constituer une violation du droit à la vie privée peut porter ceux-ci à la connaissance que de la seule Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. C'est précisément sur ce point que la nouvelle disposition apparaît incomplète : Anna Myers[1189] et Richard Moberly[1190] soulignent en ce sens que les lanceurs d'alerte font généralement le choix - risqué à la fois pour leur personne et pour la réputation de l'organisation à laquelle ils appartiennent – de porter l'alerte auprès des médias lorsque les canaux internes de dénonciation n'ont pas été efficaces, ou que l'organisme de régulation ayant été destinataire de l'alerte n'a pas apprécié l'information communiquée à sa juste valeur et procédé à une enquête à son sujet. A cet égard, **la définition de plusieurs canaux de dénonciation apparaît fondamentale :** plus un nombre important d'organismes seront amenés à porter une appréciation sur le contenu de l'alerte, moins celle-ci sera susceptible d'être enterrée.

Or, les prérogatives de la commission et des juges sont à ce point enserrées dans le carcan du « secret-défense » qu'il paraît peu probable qu'elle puisse conduire à des résultats probants. Celle-ci, peut, en réaction au signalement, soit *« faire application de l'article L. 821-6*[1191] *et en informer le Premier ministre »*, soit, lorsque la CNCTR estime que l'illégalité constatée est susceptible de constituer une infraction d'en aviser le procureur de la République sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale et de *« transmettre l'ensemble des éléments portés à sa connaissance à la Commission*

1189 V. Communication d'Anna Myers (en anglais), juriste et coordinatrice d'experts du Réseau international des donneurs d'alerte (Whistleblowing International Network) faite à l'occasion de l'audition « Améliorer la protection des donneurs d'alerte » de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire, 24 juin 2014

1190 Richard Moberly, To persons or organizations that may be able to effect action': Whistleblowing recipients, in A.J Brown, David Lewis, R ichard Moberly (dir), *International Handbook on Whistleblowing Research, juillet 2014*

1191 « *Lorsque la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement estime qu'une autorisation a été accordée en méconnaissance du présent livre ou qu'une technique de recueil de renseignement a été mise en œuvre en méconnaissance du présent livre, ainsi que dans les autres cas prévus au présent livre, elle adresse au service concerné ainsi qu'au Premier ministre une recommandation tendant à ce que la mise en œuvre de la technique concernée soit interrompue et les renseignements collectés détruits.*

« Le Premier ministre informe sans délai la commission des suites données à ses recommandations.

« Lorsque le Premier ministre ne donne pas suite à ses avis ou recommandations ou lorsqu'elle estime que les suites qui y sont données sont insuffisantes, la commission peut décider, après délibération, de saisir le Conseil d'État »

consultative du secret de la défense nationale afin que celle-ci donne au Premier ministre son avis sur la possibilité de déclassifier tout ou partie de ces éléments en vue de leur transmission au procureur de la République. ». Or, d'une part, rien n'oblige *stricto-sensu* la Commission à saisir le Premier Ministre ou le Procureur de la République qui eux-mêmes n'ont aucune obligation de réagir aux signalements. Par ailleurs, **aucune voie de recours n'a été prévue pour permettre aux lanceurs d'alerte d'exercer un recours contre une décision de la commission de ne pas mettre en œuvre ses pouvoirs.** D'autre part et comme nous aurons l'occasion d'y revenir rien ne garantit que le procureur ou le Premier ministre pourront être amenés à réagir efficacement aux divulgations du lanceur d'alerte. Le rôle du procureur dans le cadre de cet article apparaît même largement neutralisé, car la possibilité pour ce dernier d'enclencher l'action publique est doublement subordonnée à la décision de la Commission Nationale du Secret de la Défense Nationale d'une part, et du Premier ministre d'autre part.

Dans le cadre de l'article 40 du Code de procédure pénale, cette commission consultative - dont l'institution en 1998 avait été présentée comme un grand progrès[1192] - devrait émettre dans les deux mois un avis sur la déclassification au Premier ministre: « *favorable* », « *favorable à une déclassification partielle* » ou « *défavorable* », sans pour autant que son avis soit obligatoire[1193]. Dans la pratique les avis de la Commission sont en majorité suivis. Toutefois celle-ci souligne dans ses rapports son manque d'indépendance budgétaire[1194]. Mais dans l'hypothèse où l'avis de la CNCTR ne serait pas suivi par le Premier ministre, **le Parquet serait placé dans l'impossibilité de faire suite aux signalements**, faute d'avoir un accès légitime à l'information dont le signalement est l'objet. Cette neutralisation de l'intervention de l'autorité judiciaire du fait du caractère quasi-absolu du secret de la défense nationale **entrave également la possibilité pour d'éventuels lanceurs d'alerte discriminés d'assurer leur défense devant le juge administratif**. En effet, dans le cas où un agent des services de renseignement souhaiterait contester une mesure de rétorsion le visant, encore faudrait-il que celui-ci prouve sa bonne foi[1195], à savoir qu'il n'avait pas lancé l'alerte en ayant *« la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés »*[1196]. Or, dans la mesure où la résolution d'un litige entre l'agent et son

---

1192 V. Marc Guillaume, « La réforme du droit du secret de la défense nationale », *RFDA* 1998 p. 1223. V, plus largement : François Gauvin, *« Regard critique sur la loi 8 juillet 1998 portant création de la commission secret défense », Dr. pén. 1999*, chron. N° 12 ; Christophe Guettier, « Une nouvelle autorité administrative indépendante : la commission consultative du secret de la défense nationale » *Les Petites affiches*, 22 janv. 1999, p. 5 ; Dominique Richard, « Secret défense : entre comitologie et État de droit », *D. 1999*, chron. p. 270.

1193 V. Art. L. 2312-1 et suivants du Code de la défense. V. également Roseline Letteron, « Le secret de la défense nationale bientôt devant la cour européenne ? », *Libertés Liberté Chérie*, 7 novembre 2012.

1194 Rapport de la commission consultative du secret de la défense nationale, bilan 1998/2004, La Documentation française, Paris, 2005 p. 23

1195 Comme le souligne Christian Vigouroux, *« l'agent public ne doit pas se complaire dans l'alerte de précaution »* et la notion de « bonne foi », commune à la loi du 11 octobre 2013 et à la loi du 6 décembre 2013, exige que le salarié ou agent public apporte des éléments de nature à démontrer la réalité de l'atteinte. V.Christian Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Paris, Dalloz, 2006, p 141.

1196 La Recommandation CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte du 30 avril 2014 estime néanmoins que la personne ayant fait un signalement ou ayant révélé des informations « ne devrait pas

administration aurait vocation à impliquer des informations couvertes par le secret de la défense nationale, le juge administratif devrait à nouveau saisir la Commission par un jugement avant-dire droit faute de pouvoir ordonner à l'administration de lui communiquer des documents ou des informations couverts le secret[1197]. Par suite et dans l'hypothèse où le Premier ministre refuserait la communication des informations classifiées, le juge pourrait tout au plus ordonner, par un même jugement avant dire droit, que soient versés au dossier d''instruction tous les éléments d'information sur les raisons de la classification des documents en cause, et ce dans des formes préservant le secret de la défense nationale[1198].

Ce système permettant d'opposer le secret-défense aux autorités juridictionnelles n'est pas sans susciter des interrogations quant à sa compatibilité aux exigences de l'article 6§1 de la Conv. EDH[1199] . Certes, la Cour de Strasbourg considère que les Etats-membres ont une certaine marge de manœuvre pour soustraire des informations du regard du juge lorsque la sécurité nationale est en jeu[1200]. Cependant, la décision de classification doit en toute hypothèse être soumise à l'appréciation d'un juge et approuvée par celui-ci sur la base d'une mise en balance de l'intérêt invoqué par le gouvernement et des intérêts du requérant[1201]. Et, en principe, le préjudice causé au défendeur doit être contre-balancé par les procédures suivies devant le juge[1202]. Celles-ci peuvent, par exemple, impliquer que le défendeur ait accès une version résumée et expurgée des informations qui n'ont pas été révélées, mais qui sont indispensables pour assurer sa défense[1203]. **Faute de ménager un droit de regard des juges sur les décisions de classification des informations, le système institué pourrait fort bien s'exposer, à l'avenir, à une censure de la Cour sur le fondement de l'article 6§1 de la Conv.EDH.**

2. Une « omission » en contradiction avec un standard international émergent

---

perdre le bénéfice de sa protection au seul motif qu'elle a commis une erreur d'appréciation des faits ou que la menace perçue pour l'intérêt général ne s''est pas matérialisée, à condition qu'elle ait eu des motifs raisonnables de croire en sa véracité. » (Recommandation précitée, p. 41).

1197 C'est la solution adoptée de longue date par le Conseil d'État : CE, Ass., 11 mars 1955, secr. d'État guerre c/ Coulon, Rec. CE 1955, p. 149 et, plus récemment : CE, ass., 6 nov. 2002, *Moon Sun Myung*, Rec. CE 2002, p. 380. V, sur ce système : Danièle Lochak, « Secret, sécurité et liberté », *Cahiers du CURAPP*, 1988, *Information et transparence administratives,* PUF, p. 51-70 ; Vincent Tchen, « Le juge et les données couvertes par la loi de 1978 », Droit administratif, n°12, décembre 2001, pp.23-25.

1198 CE, 20 févr. 2012, *Min. Défense*, req. n°350382.

1199 V., Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov,, « *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights* », Conseil de l'Europe, 2012 ; D. Jočienė, Overview of the Standards Regarding Evidence in Court Proceedings According to Art. 6 of the ECHR, 2015.

1200 Cour EDH, 3e sect., 12 mai 2000, *Khan C. Royaume-Uni*, Req. 35394/97 , §§34-40.

1201 Cour EDH, Gr. Ch, 16 février 2000, *Rowe et Davis c. Royaume-Uni,* Req. n° 28901/95 ; Cour EDH, 4e sect. 5 février 2002, *Atlan c. Royaume-Uni*, Req. n° 36533/97 ; Cour EDH, 2e sect., 24 juin 2003, *Dowsett c. Royaume-Uni*, Req. n° 39482/98.

1202 *Cour EDH, Gd Ch. 16 février 2000, Fitt c. Royaume-Uni, Req. n° 29777/96,* §45-46.

1203 Cour EDH, 4e sect., 7 juin 2007, *Botmeh et Alami c. Royaume-Uni*, Req. n°15187/03, §§42-45.

Ne serait-il pas alors préférable, conformément à un standard international émergent, de se saisir des fuites des agents du renseignement pour mieux les encadrer, et ce en instaurant une exception d'intérêt public au profit des lanceurs d'alerte ? Le rapport de Peter Omzigt rappelle que le principe 43 des *« Principes de Tshwane »* exigent *« que les agents publics bénéficient d'une exception de « défense de l'intérêt public » »* et ce *« même lorsqu'ils font l'objet de poursuites pénales ou civiles pour avoir fait des révélations qui n'étaient pas protégées par ces principes »*, dès lors que l'intérêt général présenté par la divulgation de l'information en question prévaut sur l'intérêt général qu'il y aurait à ne pas la divulguer[1204]. Organisée selon un principe de rationalisation de l'alerte commun à de nombreuses législations, cette exception d'intérêt public ne jouerait que de manière subsidiaire, lorsque les voies d'alertes internes et externes auprès des autorités de régulation n'ont pas abouti. Surtout, le lanceur d'alerte doit avoir eu **la conviction que l'étendue de la divulgation ne dépassait pas ce qui était nécessaire pour que celle-ci soit efficace ainsi que la conviction que la divulgation était d'intérêt général**. Dans ce cadre, la sensibilité des informations et le préjudice que pourrait causer leur révélation seraient, souligne Peter Omzigt[1205], pris en compte pour déterminer si l'intérêt général de cette divulgation prévalait sur le risque de préjudice, mais le caractère confidentiel des informations ne saurait interdire d'emblée une divulgation protégée. Une telle exception de défense de l'intérêt public **serait donc bien loin de favoriser les fuites irresponsables !**

Aux Etats-Unis, le professeur Benkler a proposé une défense similaire pour les lanceurs d'alerte en distinguant les « fuites » tolérées et encouragées par les agences pour façonner l'opinion, et les *« fuites de reponsabilité » (accountability leaks)* qui mettent en évidence des dysfonctionnements graves de ces agences -et conduisent généralement à ce que les auteurs de ces « *fuites de responsabilité* » soient poursuivis et harcelés[1206]. Benkler souligne que ce type de mécanisme devrait se **focaliser sur la nature et la gravité du comportement dénoncé, et non sur les motivations du lanceur d'alerte**. Ce mécanisme, à l'instar de celui proposé par les principes de Tshwayne, serait donc fondé sur un élément objectif -celui de l'intérêt qu'a le public à recevoir l'information en cause- et non sur un élément subjectif. Dans ce cadre, il ne serait exigé du lanceur d'alerte qu'une croyance raisonnable que sa dénonciation porte bien sur une *« erreur systémique »* et que la révélation se soit faite de manière raisonnable, à savoir sans révéler plus d'informations que nécessaire pour mettre en évidence la situation dénoncée[1207]. Ainsi, les révélation faites à *Wikileaks* seraient plus difficilement considérées comme des *« fuites de responsabilité »* que les révélations faites à des médias traditionnels, mais les juges devraient **prendre en compte la nature spécifique des médias en ligne pour apprécier le caractère raisonnable de la divulgation**, à savoir le fait que la duplication à l'infini des contenus sur Internet n'est pas nécessairement de la

---

1204 V. Peter Omzigt; « La protection des donneurs d'alerte », *préc.* §34
1205 *Ibid.*
1206 V. Yochai Benkler, « A Public Accountability Defense for National Security Leakers and Whistleblowers. *Harv. L. & Pol'y Rev.*, 2014, vol. 8, p. 281-471.
1207 *Ibid.*

responsabilité du média en cause, sauf à lui refuser toute protection sur le fondement du premier amendement[1208].

Dans le cadre de cette exception de défense de l'intérêt public, il appartient au gouvernement, s'il souhaite poursuivre le lanceur d'alerte sur le plan pénal, de démontrer de manière *« claire et évidente »* d'une part -ce qui ressemble beaucoup, en réalité, au *« Standard Pickering »* que certains auteurs ont proposé de remettre au goût du jour[1209] que la révélation cause bien un mal *« imminent, spécifique et substantiel »* au public et que l'ampleur de celle-ci dépasse manifestement ce qui est nécessaire pour mettre fin aux faits dénoncés[1210]. Une telle administration de la preuve nécessiterait sans aucun doute une révision du *« Classified Information Act »*[1211] pour permettre au juge d'avoir accès à l'ensemble des documents relatifs aux faits dénoncés, y compris ceux qui n'ont pas été révélés publiquement : en effet, pour s'assurer que l'ampleur de la révélation ne dépasse pas le nécessaire, encore faut-il avoir accès à l'ensemble des informations relatives aux faits dénoncés.

1208 Id. V également, du même auteur : Yochai Benkler, « A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate », *Harv. CR-CLL Rev.*, 2011, vol. 46, p. 311.
1209 Heidi Kitrosser, « Free Speech Aboard the Leaky Ship of State: Calibrating First Amendment Protections for Leakers of Classified Information » *J. Nat'l Sec. L. & Pol'y*, 2012, vol. 6, p. 409.
1210 *Ibid*, note 104.
1211 Pub.L. 96–456, 94 Stat. 2025.